

**Mohammad Momin Khawaja** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Canadian Civil Liberties Association and British Columbia Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. KHAWAJA**

**2012 SCC 69**

File No.: 34103.

2012: June 11; 2012: December 14.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Accused convicted of terrorism offences under Part II.1 of Criminal Code — Whether provisions, in purpose or effect, violate right to free expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.01(1)(b)(i)(A).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Terrorism offences — Provision criminalizing participation in or contribution to activities of terrorist group — Whether provision broader than necessary to achieve purpose or whether provision's impact disproportionate — Whether provision contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.18.*

*Criminal law — Appeals — Terrorism offences — Trial fairness — Trial judge finding that clause defining terrorist activity as being for political, religious or ideological purpose unconstitutional — Court of Appeal*

**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*

RÉPERTORIÉ : **R. c. KHAWAJA**

**2012 CSC 69**

N° du greffe : 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*

*overturning decision on constitutionality but upholding convictions — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Whether convictions unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.01(1)(b)(i)(A), 686(1)(b)(iii).*

*National security — Terrorism — Sentencing — Totality principle — Accused guilty of terrorism offences sentenced by trial judge to 10 and a half years of imprisonment, with parole eligibility set at 5 years — Court of Appeal substituting sentence of life imprisonment coupled with 24 years of consecutive sentences, with parole eligibility set at 10 years — Whether Court of Appeal erred in overturning sentence.*

After becoming obsessed with Osama Bin Laden and his cause, K communicated with an American who eventually pled guilty to providing material support or resources to Al Qaeda and with the leader of a terrorist cell based in London, England, who was convicted along with several co-conspirators of a plot to bomb targets in the U.K. and elsewhere in Europe. K repeatedly offered them support, provided funds, designed a remote arming device and recruited a woman to facilitate transfers of money. He travelled to Pakistan and attended a small arms training camp, and proposed that a supporter of the terrorist cell be sent to Israel on a suicide mission.

K was charged with seven offences under the Terrorism section of the *Criminal Code* (Part II.1). He brought a preliminary motion seeking a declaration that several provisions are unconstitutional. The motion judge held that s. 83.01(1)(b)(i)(A), which provides that a terrorist activity must be an act or omission committed in whole or in part “for a political, religious or ideological purpose, objective or cause” (the “motive clause”), was a *prima facie* infringement of s. 2(a), (b) and (d) of the *Charter* that could not be justified under s. 1, and accordingly severed the clause from s. 83.01(1). At trial, since two of the offences — wanting to cause an explosion with specified consequences at the behest of a terrorist group and possessing an explosive substance with the intent of enabling a terrorist group to endanger others — required knowledge of the U.K. group’s bomb plot, which the Crown had failed to establish beyond a reasonable doubt, the trial judge found K guilty of lesser included offences (working on the development of a detonator and keeping an explosive substance). He also convicted K on five

*de nature politique, religieuse ou idéologique — Infirmer 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), 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-Qaïda 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

counts which engage ss. 83.03 (providing or making available property or services for terrorist purposes), 83.18 (participating in or contributing to the activity of a terrorist group), 83.19 (facilitating a terrorist activity) and 83.21 (instructing people to carry out an activity for a terrorist group). The judge sentenced K to 10 and a half years in a penitentiary, gave no credit for time served on the basis that that would be incompatible with a denunciatory sentence, and set parole eligibility at 5 years to reflect the absence of any evidence of remorse, willingness to make amends or commitment to future compliance with Canada's laws and values. The Court of Appeal held that the motive clause was not unconstitutional and should not have been severed, but dismissed the conviction appeal, applying the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. It dismissed K's appeal from the sentences, but allowed the Crown's cross-appeal and substituted a sentence of life imprisonment on the conviction for building a detonator to cause a deadly explosion. Emphasizing the seriousness of the conduct, it substituted a total of 24 years of consecutive sentences for the remaining counts, to be served concurrently with the life sentence, and set parole eligibility at 10 years instead of 5.

*Held:* The appeal should be dismissed.

#### *Constitutionality of the Provisions*

K challenges the constitutionality of the legislation on the ground that the motive clause would produce a chilling effect on the expression of beliefs and opinions and thus violates s. 2 of the *Charter*. In their companion appeals (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609), S and N also claim that the legislation's purpose violates s. 2 of the *Charter*. They also challenge the constitutionality of s. 83.18 for overbreadth, under s. 7 of the *Charter*. For convenience, all these constitutional claims are considered in this appeal.

Section 83.18 does not violate s. 7 of the *Charter*. A purposive interpretation of the *actus reus* and *mens rea* requirements of s. 83.18 excludes convictions (i) for innocent or socially useful conduct that is undertaken

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, [2012] 3 R.C.S. 609), 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

absent any intent to enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity, and (ii) for conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The legitimate purpose of the Terrorism section of the *Criminal Code* is to provide means by which terrorism may be prosecuted and prevented. This purpose commands a high *mens rea* threshold. To convict under s. 83.18, a judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused specifically intended to enhance the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. There may be direct evidence of this intention. Or the intention may be inferred from evidence of the knowledge of the accused and the nature of his actions. The use of the words “for the purpose of” in s. 83.18 requires a subjective purpose of enhancing the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The accused must specifically intend his actions to have this general effect. Further, the *actus reus* of s. 83.18 does not capture conduct that discloses, at most, a negligible risk of enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The scope of the provision excludes conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The determination of whether a reasonable person would view conduct as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity hinges on the nature of the conduct and the relevant circumstances. When the tailored reach of s. 83.18 is weighed against the objective of the law, it cannot be said that the selected means are broader than necessary or that the impact of the section is disproportionate.

The purpose of the law does not infringe freedom of expression. While the activities targeted by the Terrorism section of the *Criminal Code* are in a sense expressive activities, most of the conduct caught by the provisions concerns acts or threats of violence. Threats of violence, like acts of violence, are excluded from the scope of the s. 2(b) guarantee. Moreover, the particular nature of the conduct enumerated in s. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) and (D) justifies treating counselling, conspiracy or being an accessory after the fact to that conduct as being intimately connected to violence — and to the danger to Canadian society that such violence represents. As such, the conduct falls outside the protection of s. 2(b) of the *Charter*. However, it is not necessary to decide whether counselling, conspiracy or being an accessory after the fact fall outside

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. 2b). 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. 2b) de la *Charte*. Cependant, point n'est besoin de décider de manière générale si

the s. 2(b) guarantee as a general matter. Read as a whole and purposively, s. 83.01(1)(b)(ii)(E), which is directed to acts that intentionally interfere with essential infrastructure without which life may be seriously disrupted and public health threatened, is also confined to the realm of acts and threats of violence. However, it cannot be ruled out that s. 83.01(1)(b)(ii)(E) might in some future case be found to capture protected activity. In such a case, the issue would be whether the incursion on free expression is justified under s. 1 of the *Charter*.

In this case, it is impossible to infer, without evidence, that the motive clause (s. 83.01(1)(b)(i)(A)) will have a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms. The impugned provision is clearly drafted in a manner respectful of diversity, as it allows for the non-violent expression of political, religious or ideological views (s. 83.01(1.1)).

#### *Application of the Provisions in This Appeal and Sentencing*

The re-insertion of the motive clause by the Court of Appeal did not make K's trial and convictions unfair. The trial judge made a specific finding that the motive component of the definition of terrorist activity had been proved beyond a reasonable doubt, which suffices to fully support the motive requirement of the convictions. Also, the evidence of motive, and K's knowledge that the motive was shared by him and the terrorist cell, was overwhelming and essentially undisputed. There is no air of reality to K's statement that he could have, or would have, testified to raise a reasonable doubt on motive, had the clause not been struck. In essence, no prejudice flowed from the re-insertion of an essential element of the offence on appeal.

The uncontradicted evidence before the trial judge established beyond a reasonable doubt that K's conduct did not fall within the armed conflict exception in s. 83.01(1) *in fine*, which provides that terrorist activity does not include acts or omissions committed during an armed conflict in accordance with international law. The Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that the acts alleged against an accused fall within the definition of terrorist activity, and any reasonable doubt must be resolved in the accused's favour. However, since the armed conflict exception

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. 2b) 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 inéquitable 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'application à K de l'exception du conflit armé prévue *in fine* la définition d'« activité terroriste » au par. 83.01(1), 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

functions as a defence, the accused must raise it and make a *prima facie* case that it applies. Here K could not do so, as there was no evidential foundation to support its applicability. The trial judge expressly found that K knew that the terrorist group's activities extended beyond the armed conflict in Afghanistan and that he supported the terrorist objectives, and the evidence is overwhelmingly contrary to the proposition that K's acts were part of an armed conflict governed by international law. There is no air of reality to the suggestion that K believed that the group intended to act in compliance with international law, or that he cared if it did.

There is no merit to K's submissions that the convictions are unreasonable. However, the trial judge made critical errors in sentencing. He effectively devalued the seriousness of the appellant's conduct in a way that was inconsistent with the evidence, and failed to give adequate weight to the ongoing danger K posed to society. While the weight to be given to rehabilitation in a given case is best left to the reasoned discretion of trial judges on a case-by-case basis, here the absence of evidence on rehabilitation prospects justified a stiffer sentence than otherwise might have been appropriate. Finally, the heightened gravity of the terrorism offences at issue in this case was sufficient to justify imposition of consecutive sentences running over 20 years, without violating the totality principle. The general principles of sentencing, including the totality principle, apply to terrorism offences.

### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; **distinguished:** *R. v. Déry*, 2006 SCC 53, [2006] 2 S.C.R. 669; **referred to:** *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *United States of America v. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

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'était 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 soucié.

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. Malmo-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, [2012] 3 R.C.S. 609; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *United States of America c. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662; *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

2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII); *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

### Statutes and Regulations Cited

*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2, 7.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, Part II.1, ss. 83.01(1) “terrorist activity”, “terrorist group”, (1.1), 83.02, 83.03, 83.04, 83.05, 83.18, 83.19, 83.2, 83.21, 83.23, 83.26, 686(1)(b)(iii), 718(c), 718.2, 719.

### Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 95, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 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. Toronto: Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2011, release 1).  
 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.  
 United Nations. Security Council. U.N. Doc. S/RES/1373, September 28, 2001.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Cronk JJ.A.), 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321, 271 O.A.C. 238, 273 C.C.C. (3d) 415, 82 C.R. (6th) 122, [2010] O.J. No. 5471 (QL), 2010 CarswellOnt 9672, overturning a constitutional ruling by Rutherford J. (2006), 214 C.C.C. (3d) 399, 42 C.R. (6th) 348, 147 C.R.R. (2d) 281, 2006 CanLII 63685, [2006] O.J. No. 4245 (QL), 2006 CarswellOnt 6551, affirming convictions entered by Rutherford J. (2008),

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 », (1.1), 83.02, 83.03, 83.04, 83.05, 83.18, 83.19, 83.2, 83.21, 83.23, 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<sup>o</sup> 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. Toronto : 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 *R.C.D.P.* 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, 273 C.C.C. (3d) 415, 82 C.R. (6th) 122, [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 CanLII 63685, [2006] O.J. No. 4245 (QL), 2006 CarswellOnt 6551, qui a confirmé les déclarations de

238 C.C.C. (3d) 114, [2008] O.J. No. 4244 (QL), 2008 CarswellOnt 6364, and varying sentences imposed by Rutherford J. (2009), 248 C.C.C. (3d) 233, [2009] O.J. No. 4279 (QL), 2009 CarswellOnt 6322. Appeal dismissed.

*Lawrence Greenspon and Eric Granger*, for the appellant.

*Croft Michaelson and Ian Bell*, for the respondent.

*Michael Bernstein*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Yan Paquette and Louis-Philippe Lampron*, for the intervener Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

*Anil K. Kapoor and Lindsay L. Daviau*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Kent Roach and Michael Fenrick*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

[1] The appellant, Mohammad Momin Khawaja, was convicted of five offences under Part II.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the Terrorism section. He faces a life sentence and a concurrent sentence of 24 years of imprisonment, with a 10-year period of parole ineligibility. He appeals on a variety of grounds, which may be summarized as follows: (1) that the provisions in Part II.1 of the *Criminal Code* under which he was convicted violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are unconstitutional; (2) that the provisions were misapplied or misinterpreted, resulting in an

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), 2009 CarswellOnt 6322. 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) (« Loi »). Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité et, concurrentement, 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

unfair trial or an unreasonable verdict; and (3) that the Ontario Court of Appeal erred in imposing his sentence.

[2] For the reasons that follow, I would reject each of the contentions of the appellant. The issues in this appeal overlap with some of the issues in the companion appeals of Sriskandarajah and Nadarajah (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609). For convenience, I will consider all the constitutional issues in these reasons.

## II. The Evidence

[3] The facts underlying the offences were largely undisputed. Voluminous email correspondence attested in graphic detail to the appellant's ideological commitment to violent "jihad" and to his acts in Canada and elsewhere to further jihad-inspired terrorist activities.

[4] While living with his siblings in Canada, the appellant became obsessed with Osama Bin Laden and his cause. The appellant began communicating with other people committed to violence in the name of Islam, some of whom he referred to as "the bros". He entered into covert email correspondence with Junaid Babar, an American of Pakistani descent who eventually pled guilty in New York City to five counts of providing material support or resources to Al Qaeda. He also communicated extensively with Omar Khyam, the leader of a terrorist cell based in London, England, who was convicted along with several co-conspirators of a plot to bomb targets in the U.K. and elsewhere in Europe.

[5] The appellant repeatedly offered Khyam and Babar support. He gave Khyam money for an explosives operation in the United Kingdom or elsewhere in Europe. He gave Babar cash, supplies

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'appellant. 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, [2012] 3 R.C.S. 609). 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'appellant au « jihad » 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'appellant 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-Qaïda. 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'appellant 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

and SIM cards so that Babar could contact Khyam when transporting detonators to Europe. He provided funds to support Babar, Khyam and “the bros” in their jihadist efforts. He designed a remote arming device for explosives that he referred to as the “hifidigimonster”, and offered to smuggle it into the U.K. and train the U.K. cell on its use. He recruited a woman in Ottawa to facilitate transfers of money. He also offered to procure night goggles for use by the group.

[6] The appellant travelled to Pakistan alone and with Khyam, and attended Babar’s small arms training camp. He made his parents’ home in Pakistan available to the “bros”. He suggested members of the U.K. group travel to Canada for weapons training. He also proposed to Khyam via email that a supporter of the Khyam group be sent to Israel on a suicide mission.

[7] On March 29, 2004, the RCMP arrested the appellant and searched his house in Orleans, Ottawa. They seized the “hifidigimonster”, electronic components and devices, parts suitable for constructing more remote arming devices, documents corroborating the assembly process for the device, instructional literature and tools, military calibre rifles and ammunition, other weapons, hard drives, \$10,300 in one-hundred dollar bills, military books and jihad-related books. No blasting caps, other detonators or explosives components were discovered.

### III. Judicial History

[8] By direct indictment, the appellant was charged with seven offences under the Terrorism section of the *Criminal Code*. The appellant brought a preliminary constitutional motion (allowed in part) and a motion for a directed verdict of acquittal (dismissed). He elected to be tried by judge

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, du matériel d’instruction, 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

alone, and was convicted on five counts and found guilty of two included offences.

A. *The Pre-trial Charter Challenge (2006)*, 214 C.C.C. (3d) 399

[9] Prior to trial, the appellant sought a declaration that several terrorism provisions of the *Criminal Code* (ss. 83.01(1), 83.03(a), 83.18, 83.18(1), 83.18(3)(a), 83.19, 83.2 and 83.21(1)) are unconstitutional. The motion judge found that the impugned provisions are neither unconstitutionally vague nor overbroad.

[10] However, the motion judge held that s. 83.01(1)(b)(i)(A), which provides that a terrorist activity must be an act or omission committed in whole or in part “for a political, religious or ideological purpose, objective or cause” was a *prima facie* infringement of s. 2(a), (b) and (d) of the *Charter*. He found that the effect of this “motive clause” would be “to focus investigative and prosecutorial scrutiny on the political, religious and ideological beliefs, opinions and expressions of persons and groups”, which in turn would produce a chilling effect on the expression of beliefs and opinions (para. 58). He found that the infringement could not be justified under s. 1 and accordingly severed the motive clause from s. 83.01(1).

B. *The Trial (2008)*, 238 C.C.C. (3d) 114

[11] The trial proceeded on the basis that the motive clause was severed from the legislation. The trial judge found the appellant guilty of seven offences.

[12] The trial judge held that the first two counts (wanting to cause an explosion with specified consequences at the behest of a terrorist group and possessing an explosive substance with the intent of enabling a terrorist group to endanger others) required knowledge of the U.K. group’s bomb plot, which the Crown failed to establish beyond a reasonable doubt. Since defence counsel

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(3)a), 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. 2a), 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

had admitted that there was evidence of lesser included offences, the trial judge found the appellant guilty of working on the development of a detonator contrary to s. 81(1)(a) of the *Criminal Code* and keeping an explosive substance contrary to s. 81(1)(d). He conditionally stayed proceedings on the latter count, under the *Kienapple* principle (*Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729). He held that the remaining five counts were not restricted by a requirement that the appellant know the U.K. group was planning a bomb plot. His findings with respect to each count can be summarized as follows:

Count 3: The appellant participated in a terrorist group by taking weapons training at the camp in northern Pakistan for the purpose of enhancing the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity;

Count 4: The appellant deceived a young woman into acting as a conduit to pass funds for the purpose of enhancing the ability of the Khyam group to facilitate or carry out a terrorist activity;

Count 5: The appellant made his parents' residence in Pakistan available for the use of the Khyam group in pursuit of a common objective of violent jihad, thereby making property available for the purpose of facilitating a terrorist activity or for the benefit of a terrorist group;

Count 6: Everything the appellant did in relation to developing the remote detonator device amounted to participating in or contributing to the activity of a terrorist group for the purpose of enhancing the group's ability to carry out a terrorist activity; and

Count 7: The appellant knowingly facilitated terrorism by, *inter alia*, transporting money, a

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'appellant 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'appellant 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'appellant 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'appellant, 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'appellant 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'appellant 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'appellant a sciemment facilité le terrorisme, notamment en remettant à Babar de

medical kit, SIM cards and invisible ink pens to Babar; offering to acquire equipment; suggesting that Khyam and another group member come to Canada for shooting practice; offering a course in electronics; suggesting that a third party be sent on a suicide mission to Israel; discussing putting his computer skills to work to assist “the bros”.

[13] The trial judge found that the U.K. cell qualified as a terrorist group within the meaning of the Terrorism section of the *Criminal Code*. On the basis of judicial notice of facts available, *inter alia*, from documents on the United Nations website, he held that the insurgents’ conduct in Afghanistan is terrorist activity, because it results in death and destruction and it is intended to intimidate the Afghan population and diminish support for the legitimate government. Consequently, by preparing for and supporting the insurgency against the coalition forces in Afghanistan, the U.K. cell was facilitating terrorist activity and qualified as a terrorist group. The trial judge held that the appellant “knew he was dealing with a group whose objects and purposes included activity that meets the *Code* definition of terrorist activity” (para. 131).

[14] The trial judge refused to apply the exception for armed conflict in the definition of “terrorist activity” in s. 83.01(1) *in fine*. Pursuant to that subsection, terrorist activity does not include acts or omissions committed during an armed conflict in accordance with international law. The trial judge found that neither the appellant nor any member of the U.K. cell was engaged in armed conflict.

C. *The Sentence (2009)*, 248 C.C.C. (3d) 233

[15] The trial judge took into account the mitigating personal circumstances raised by the appellant, but noted that there was no information available respecting his attitude or expected future behaviour, because he had refused to be interviewed for a pre-sentence report. The trial judge held that while

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’appellant [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 *in fine* la définition d’« activité terroriste » au par. 83.01(1) 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’appellant 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’appellant, mais il souligne l’absence de données sur l’attitude ou le comportement ultérieur prévisible de l’appellant qui résulte de son refus d’être interrogé aux fins de l’établissement d’un rapport présentenciel.

terrorism sentencing must emphasize denunciation, deterrence and protection of the public, the potential for rehabilitation could not be overlooked. He refused to order a life sentence similar to those given to the cell members in the U.K. because he was not persuaded that the appellant was a similar offender in similar circumstances, as opposed to just a willing helper and supporter.

[16] The trial judge sentenced the appellant to 10 and a half years in a penitentiary. He gave no credit for time served on the basis that that would be incompatible with a denunciatory sentence. He set parole ineligibility at 5 years to reflect the absence of any evidence of remorse, willingness to make amends or commitment to future compliance with Canada's laws and values.

D. *The Court of Appeal, 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321*

[17] The Court of Appeal dismissed the appellant's conviction appeal. However, the Court of Appeal held that the trial judge had erred in finding the motive clause unconstitutional. It stated that expressive activity that takes the form of violence is not protected by s. 2(b) of the *Charter*, since violence is destructive of the very values that underlie the right to freedom of expression. For the same reason, threats of violence are not protected by s. 2(b). Thus, the legislation limits a form of expression that is destructive of the principles underlying freedom of expression and, consequently, cannot constitute an infringement of s. 2(b). Moreover, the Court of Appeal held that the trial judge's conclusion that the impugned provisions had a chilling effect was founded entirely on speculation, rather than on evidence to the effect that members of the community actually felt constrained in the expression of their beliefs or opinions.

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 retranche 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] The Court of Appeal found, as had the trial judge, that the armed conflict exception did not apply to the appellant's conduct. There was no evidence that the appellant or the insurgents in Afghanistan undertook armed conflict *in accordance with international law*. The record showed that the appellant himself viewed the violent jihad he was committed to as unlawful. Moreover, the appellant's actions were directed at supporting terrorist activities inside and outside of the forum of conflict in Afghanistan.

[19] The Court of Appeal stated that the trial judge did not err in taking judicial notice of the nature of hostilities in Afghanistan. Further, the verdicts reached by the trial judge were amply supported by the record at trial and were reasonable.

[20] Finally, the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal from the sentences, but allowed the Crown's cross-appeal. The Court substituted a sentence of life imprisonment on the conviction for building a detonator to cause a deadly explosion. Emphasizing the seriousness of the conduct, it substituted a total of 24 years of consecutive sentences for the remaining counts, to be served concurrently with the life sentence, and set parole ineligibility at 10 years instead of 5.

#### IV. The Legislation

[21] The *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, part of which now forms Part II.1 of the *Criminal Code*, was passed in 2001, in the aftermath of the Al Qaeda attacks in the United States and Resolution 1373 of the United Nations Security Council, which called on member states to take steps to prevent and suppress terrorist activity (U.N. Doc. S/RES/1373). The purpose of the legislation is to provide a means by which terrorism may be prosecuted and prevented: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248.

[22] While the immediate impetus for the legislation may have been concern following the terrorist

[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* 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/RES/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

attacks of September 11, 2001, the legislation has a much broader history and context. As the recitals to the U.N. Resolution make clear, these events were part of an unfolding and escalating international problem. Canada, which had experienced the Air India and Narita bombings, was no stranger to this problem. The legislation is not emergency legislation, but a permanent part of the criminal law of this country: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 39.

[23] The appellant says that the definition section of the legislation, s. 83.01(1), offends *Charter* guarantees, notably freedom of religion and freedom of expression. I will at this point describe in general terms the definitions of “terrorist activity” and “terrorist group”, and the offences that the provisions create. The full text of the relevant provisions is reproduced in the Appendix.

[24] “Terrorist activity” is defined (i) as an act or omission committed inside or outside Canada that, if committed inside Canada, would constitute one of the *Criminal Code* offences enumerated in s. 83.01(1)(a), or (ii) as an act or omission, a conspiracy, an attempt or threat to commit any act or omission, counselling an act or omission and being an accessory after the fact to an act or omission, that causes one of the consequences described in s. 83.01(1)(b)(ii)(A) to (E). These consequences are: causing death or serious bodily harm to a person by the use of violence (clause (A)); endangering a person’s life (clause (B)); causing a serious risk to the health or safety of the public or any segment thereof (clause (C)); causing substantial property damage, whether to public or private property, if causing such damage is likely to result in the conduct or harm referred to in clauses (A) to (C) (clause (D)); or causing serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C) (clause (E)). However, conduct otherwise captured by s. 83.01(1)(b)(ii)(A) to (E) does not

s’inscrire 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)*, 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 définis, 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

constitute “terrorist activity” if it falls within the exception for armed conflict conducted in accordance with international law (s. 83.01(1) *in fine*).

[25] Furthermore, the act or omission that causes one of the consequences enumerated in 83.01(1)(b)(ii)(A) to (E) only constitutes “terrorist activity” if it is accompanied by the requisite mental state. The act or omission must be done with the intention of causing one of the enumerated consequences. In addition, the act or omission must be done with the ulterior intention of intimidating the public or a segment of the public as regards its security, or to compel a person, a government or an organization — whether inside or outside of Canada — to do or refrain from doing any act (s. 83.01(1)(b)(i)(B)). Finally, the act or omission must be done in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause (s. 83.01(1)(b)(i)(A)).

[26] “Terrorist group” is defined as a person or group that has as one of its purposes or activities the facilitation or carrying out of any “terrorist activity”, or a person or group identified in a regulation adopted under s. 83.05.

[27] Based on these definitions, the legislation goes on to create a number of offences, including:

- Providing or making available property or services for terrorist purposes (s. 83.03) (maximum term of imprisonment of 10 years);
- Participating in or contributing to the activity of a terrorist group (s. 83.18) (maximum term of imprisonment of 10 years);
- Facilitating a terrorist activity (s. 83.19) (maximum term of imprisonment of 14 years);
- Instructing people to carry out an activity for a terrorist group (s. 83.21) (liable to imprisonment for life).

[28] The counts on which the appellant was convicted variously engage all of these offences.

« 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] The terrorism offences attract specific sentencing provisions. Pursuant to s. 83.26, sentences for terrorism offences must be served consecutively. Further, s. 718.2 provides that the commission of a terrorism offence is to be considered an aggravating factor for the purposes of sentencing. Finally, I set out the provisions of the *Charter* relevant to the appeal. The overbreadth argument advanced in the companion appeals is grounded in s. 7 of the *Charter*:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[30] The appellant in this appeal bases his argument that the provisions are unconstitutional on s. 2 of the *Charter*:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association.

[31] Breaches of *Charter* guarantees can be justified under s. 1, which provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

## V. Issues

[32] The issues are as follows:

A. Constitutionality of the provisions;

1. Does s. 83.18 of the *Criminal Code* violate s. 7 of the *Charter*?

- (a) The test for overbreadth;

[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] Les questions en litige sont les suivantes :

A. Constitutionnalité des dispositions;

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

- a) Le critère relatif à la portée excessive;

- |  |   |
|--|---|
| <p>(b) The scope of the law;</p> <p>(c) The objective of the law;</p> <p>(d) Are the impugned provisions broader than necessary or is their impact disproportionate?</p> <p>2. Does the law, specifically the motive clause, infringe s. 2 of the <i>Charter</i>?</p> <p>(a) Unconstitutional purpose;</p> <p>(b) Unconstitutional effect;</p> <p>3. Conclusion on the constitutionality of the law;</p> <p>B. Application of the provisions;</p> <p>1. Did the deletion and subsequent re-insertion of the motive clause make the trial and convictions unfair?</p> <p>2. Does the armed conflict exception apply?</p> <p>3. Were the verdicts unreasonable?</p> <p>C. Did the Court of Appeal err in overturning the sentence imposed by the trial judge and substituting a term of life imprisonment?</p> | <p>b) La portée de la Loi;</p> <p>c) L'objectif de la Loi;</p> <p>d) Les dispositions contestées ont-elles une portée plus grande que nécessaire ou une incidence disproportionnée?</p> <p>2. La Loi, à savoir la disposition relative au mobile, porte-t-elle atteinte aux libertés garanties à l'art. 2 de la <i>Charte</i>?</p> <p>a) inconstitutionnalité de l'objet;</p> <p>b) inconstitutionnalité de l'effet;</p> <p>3. Conclusion sur la constitutionnalité des dispositions;</p> <p>B. Application des dispositions;</p> <p>1. L'invalidation de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ultérieur ont-ils rendu le procès et les déclarations de culpabilité inéquitable?</p> <p>2. L'exception du conflit armé s'applique-t-elle?</p> <p>3. Les verdicts étaient-ils déraisonnables?</p> <p>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?</p> |
|--|---|

[33] The appellant challenges the constitutionality of the legislation only on one ground: that its chilling effect violates s. 2 of the *Charter*. The appellants in the companion appeals also allege a violation of s. 2 of the *Charter*, and additionally challenge the constitutionality of s. 83.18 for overbreadth pursuant to s. 7 of the *Charter*.

[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. Analysis

## VI. Analyse

### A. *Constitutionality of the Provisions*

### A. *Constitutionnalité des dispositions*

1. Does Section 83.18 of the *Criminal Code* Violate Section 7 of the *Charter*?

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

[34] The appellant challenged the provisions under which he was charged as unconstitutional

[34] Par voie de requête préalable, l'appelant a contesté la constitutionnalité des dispositions

for vagueness and overbreadth on a pre-trial constitutional motion. The trial judge rejected this submission and the appellant does not pursue it before this Court. However, s. 83.18 of the *Criminal Code* is challenged for overbreadth in the companion appeals. Since all three cases depend on the ultimate constitutionality of the legislation, I propose to consider all the constitutional arguments, including overbreadth, in these reasons.

[35] It is a principle of fundamental justice that criminal laws not be overbroad. Pursuant to s. 7 of the *Charter*, laws that restrict the liberty of those to whom they apply must do so in accordance with principles of fundamental justice. Criminal laws that restrict liberty more than is necessary to accomplish their goal violate principles of fundamental justice. Such laws are overbroad. The appellants Nadarajah and Sriskandarajah say that the combined effect of the definition of terrorist activity (s. 83.01(1)) and of the provision prohibiting participation in terrorist activity (s. 83.18) results in overbreadth, by criminalizing conduct that creates no risk of harm and is only tenuously connected to Parliament's objective of preventing terrorist activity.

[36] I will first review the legal test for overbreadth. I will then apply this test to the definition of terrorist activity and the prohibition of participation in terrorist activity.

(a) *The Test for Overbreadth*

[37] In *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, this Court explained that a law is overbroad if the state, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective. In determining overbreadth, a measure of deference must be paid to the means selected by the legislator.

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'appellant 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] The appellants argue that the law is overbroad because it is grossly disproportionate to the objective it seeks to achieve. The appellants conflate overbreadth and gross disproportionality. *Heywood* suggested that gross disproportionality was a concept subsumed by overbreadth: “The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate” (p. 793). However, gross disproportionality seemed to be recognized as a distinct breach of principles of fundamental justice in the marijuana case *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571. Some confusion arises from the fact that *Malmo-Levine*’s companion case *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735, could be read as suggesting that gross disproportionality is simply the standard by which overbreadth is measured. Indeed, this Court wrote in *Clay* that “[o]verbreadth . . . addresses the potential infringement of fundamental justice where the adverse effect of a legislative measure on the individuals subject to its strictures is *grossly* disproportionate to the state interest the legislation seeks to protect” (para. 38 (emphasis in original)).

[39] The authorities continue to suggest that overbreadth and gross disproportionality are — at least analytically — distinct. Indeed, Professor Hogg refers to gross disproportionality as the “sister” doctrine of overbreadth (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 47-58). Further, in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, this Court considered overbreadth and gross disproportionality under separate headings (paras. 133-35).

[40] For the purposes of this appeal, I need not decide whether overbreadth and gross disproportionality are distinct constitutional doctrines. Certainly, these concepts are interrelated, although they may simply offer different lenses through which to consider a single breach of the

[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 : « Lorsqu’une loi a une portée excessive, il s’ensuit qu’elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications » (p. 793). Toutefois, dans *R. c. 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 (en italique 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, 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

principles of fundamental justice. Overbreadth occurs when the means selected by the legislator are broader than necessary to achieve the state objective, and gross disproportionality occurs when state actions or legislative responses to a problem are “so extreme as to be disproportionate to any legitimate government interest”: *PHS Community Services Society*, at para. 133; see also *Malmo-Levine*, at para. 143. In order to address the appellants’ s. 7 constitutional challenge, I will (1) examine the scope of the law (2) determine the objective of the law and (3) ask whether the means selected by the law are broader than necessary to achieve the state objective and whether the impact of the law is grossly disproportionate to that objective. Thus, I will examine both overbreadth and gross disproportionality in a single step, without however deciding whether they are distinct constitutional doctrines.

(b) *The Scope of the Law*

[41] Section 83.18(1) criminalizes participation in or contributions to the activities of a terrorist group. It requires for conviction that the accused (a) knowingly (b) participate in or contribute to, (c) directly or indirectly, (d) any activity of a terrorist group, (e) for the purpose of enhancing the ability of any terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. Subsection (2) specifies that, in order to secure a conviction, the Crown does not have to prove that (a) the terrorist group actually facilitated or carried out a terrorist activity, that (b) the accused’s acts actually enhanced the ability of a terrorist group to do so, or that (c) the accused knew the specific nature of any terrorist activity facilitated or carried out by a terrorist group. As the Ontario Court of Appeal found in *United States of America v. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662:

... s. 83.18 applies to persons who, by their acts, contribute to or participate in what they know to be activities of what they know to be a terrorist group. In

d’appréciation d’un seul et même manquement aux principes de justice fondamentale. Il y a une 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 une 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 » : *PHS Community Services Society*, par. 133; voir aussi *Malmo-Levine*, 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 la Cour d’appel de l’Ontario dans *United States of America c. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662 :

[TRADUCTION] ... l’art. 83.18 vise la personne qui, par ses actes, participe ou contribue consciemment aux activités d’un groupe dont elle connaît les visées

addition, those acts must be done for the specific purpose of enhancing the ability of that terrorist group to facilitate or carry out activity that falls within the definition of terrorist activity. [para. 28]

[42] The appellants argue that s. 83.18 is overbroad because it captures conduct that does not contribute materially to the creation of a risk of terrorism, such as direct and indirect participation in legitimate, innocent and charitable activities carried out by a terrorist group. They contend that, “[i]n the absence of some explicit disassociation from the group’s terrorist ideology, participating in any activity of the group could be viewed as intending to enhance the group’s abilities to carry out terrorist activities” (Nadarajah factum, at para. 35 (emphasis added)). Thus, innocent individuals, who may or may not sympathize with the cause of a terrorist group, could be convicted under s. 83.18 purely on the basis of attending a visibility-enhancing event held by the charitable arm of a group that also engages in terrorist activity. Professor Roach has opined that even lawyers and doctors who legitimately provide their professional services to a known terrorist could be convicted under s. 83.18: see K. Roach, “The New Terrorism Offences and the Criminal Law”, in R. J. Daniels, P. Macklem and K. Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill* (2001), 151, at p. 161. According to the appellants, these scenarios demonstrate that the law is overbroad.

[43] The first step in assessing the validity of this argument is to interpret s. 83.18 to determine its true scope: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, *per* Lamer C.J., at para. 10.

[44] The Terrorism section of the *Criminal Code*, like any statutory provision, must be interpreted with regard to its legislative purpose. That purpose is “to provide means by which terrorism may be prosecuted and prevented” (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 39) — *not* to punish individuals for innocent, socially

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, 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, 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)*, par. 39) — *non pas* de punir la personne qui prend part à une

useful or casual acts which, absent any intent, indirectly contribute to a terrorist activity.

[45] This purpose commands a high *mens rea* threshold. To be convicted, an individual must not only participate in or contribute to a terrorist activity “*knowingly*”, his or her actions must also be undertaken “*for the purpose*” of enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The use of the words “for the purpose of” in s. 83.18 may be interpreted as requiring a “higher subjective purpose of enhancing the ability of any terrorist group to carry out a terrorist activity”: K. Roach, “Terrorism Offences and the Charter: A Comment on R. v. Khawaja” (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 271, at p. 285.

[46] To have the *subjective* purpose of enhancing the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity, the accused must *specifically intend* his actions to have this general effect. The specific nature of the terrorist activity, for example the death of a person from a bombing, need not be intended (s. 83.18(2)(c)); all that need be intended is that his action will enhance the ability of the terrorist group to carry out or facilitate a terrorist activity.

[47] The effect of this heightened *mens rea* is to exempt those who may unwittingly assist terrorists or who do so for a valid reason. Social and professional contact with terrorists — for example, such as occurs in normal interactions with friends and family members — will not, absent the specific intent to enhance the abilities of a terrorist group, permit a conviction under s. 83.18. The provision requires subjective fault, as opposed to mere negligent failure to take reasonable steps to avoid unwittingly assisting terrorists: see K. Roach, “Terrorism Offences and the Charter: A Comment on R. v. Khawaja”, at p. 285. For example, a lawyer who represents a known terrorist may know that, if successful at trial, his client will thereafter pursue

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 *R.C.D.P.* 271, 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

his contributions to terrorism. However, the lawyer could only be convicted under s. 83.18 if his intent was specifically to enable the client to pursue further terrorist activities, as opposed to simply affording his client a full defence at law.

[48] To convict under s. 83.18, the judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused intended to enhance the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. There may be direct evidence of this intention. Or the intention may be inferred from evidence of the knowledge of the accused and the nature of his actions.

[49] The appellants argue that, even if the scope of s. 83.18 is narrowed by the high *mens rea* requirement, it is still overbroad because it captures conduct that, while perhaps animated by the intent to enhance the abilities of a terrorist group, is essentially harmless. For example, a person who marches in a non-violent rally held by the charitable arm of a terrorist group, with the specific intention of lending credibility to the group and thereby enhancing the group's ability to carry out terrorist activities, is not necessarily contributing to terrorism in any meaningful way. Yet, on the basis of the plain meaning of s. 83.18, that person could be convicted for participating in terrorism.

[50] This argument relies on an incorrect interpretation of s. 83.18. The *actus reus* of s. 83.18 does not capture conduct that discloses, at most, a negligible risk of enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. Although s. 83.18(1) punishes an individual who “participates in or contributes to . . . any activity of a terrorist group”, the context makes clear that Parliament did not intend for the provision to capture conduct that creates no risk or a negligible risk

Comment on R. v. Khawaja », 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

of harm. Indeed, the offence carries with it a sentence of up to 10 years of imprisonment and significant stigma. This provision is meant to criminalize conduct that presents a real risk for Canadian society.

[51] A purposive and contextual reading of the provision confines “participat[ion] in” and “contribut[ion] to” a terrorist activity to conduct that creates a risk of harm that rises beyond a *de minimis* threshold. While nearly every interaction with a terrorist group carries some risk of indirectly enhancing the abilities of the group, the scope of s. 83.18 excludes conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group *to facilitate or carry out a terrorist activity*.

[52] The determination of whether a reasonable person would view conduct as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity hinges on the nature of the conduct and the relevant circumstances. For example, the conduct of a restaurant owner who cooks a single meal for a known terrorist is not of a nature to materially enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity: K. E. Davis, “Cutting off the Flow of Funds to Terrorists: Whose Funds? Which Funds? Who Decides?”, in *The Security of Freedom: Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*, 299, at p. 301. By contrast, giving flight lessons to a known terrorist is clearly conduct of a nature to materially enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity: *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 95, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 2001, at p. 6165 (Hon. Anne McLellan).

[53] I conclude that a purposive interpretation of the *actus reus* and *mens rea* requirements of s. 83.18 excludes convictions (i) for innocent or socially useful conduct that is undertaken absent any intent to enhance the abilities of a terrorist

risque négligeable de préjudice ou qui n’en présente aucun. En effet, l’auteur de l’infraction encourt un emprisonnement maximal de 10 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 « particip[ation] » ou la « contribu[tion] » 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 *The Security of Freedom : Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*, 299, 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, 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

group to facilitate or carry out a terrorist activity, and (ii) for conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity.

[54] Having determined that the scope of the law is narrower than was argued by the appellants, I turn to the second step of the analysis, the objective of the law.

(c) *The Objective of the Law*

[55] The parties agree that the objective of the terrorism provisions is to prosecute *and prevent* terrorism. The need to prosecute acts that support or assist terrorist activity that may never materialize into acts of terrorism flows from the great harm resulting from terrorism offences, the Crown contends. The appellants agree that it is legitimate for the state to prevent terrorist acts from taking place.

(d) *Are the Impugned Provisions Broader Than Necessary or Is Their Impact Disproportionate?*

[56] Finally, I must ask whether the impugned provisions are broader than necessary to prevent and prosecute terrorism, or have an impact that is grossly disproportionate to that objective.

[57] The appellants argue that, in relation to its objective, s. 83.18 is broader than necessary and has a grossly disproportionate impact because it criminalizes acts (1) which do not disclose a risk of harm, (2) which are not connected to a real or contemplated terrorist act, and (3) which are preliminary to the commission of an inchoate offence. The first two arguments are answered by the limited scope of s. 83.18. As we have seen, conviction under s. 83.18 entails (1) an *actus reus* that excludes conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity, and (2) a high *mens rea* (specific intent to

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

enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity). The Crown must prove both these elements beyond a reasonable doubt. Conduct that meets both these requirements discloses a non-negligible risk of harm and is sufficiently connected to real or contemplated terrorist activity.

[58] As stated above, the appellants' third argument is that the impact of s. 83.18 is grossly disproportionate to Parliament's objective of curbing terrorism because it criminalizes acts that are preliminary to the commission of an inchoate offence. The appellants agree that stopping a terrorist act before it takes place is a legitimate legislative objective. However, they argue that the existing crimes of conspiracy and attempt are sufficient to achieve this objective, and that it is unnecessary and disproportionate to reach back further and criminalize activity that is preliminary or ancillary to those preparatory acts.

[59] The appellants rely on this Court's statement in *R. v. Déry*, 2006 SCC 53, [2006] 2 S.C.R. 669, *per* Fish J., that criminal liability does not attach "to fruitless discussions in contemplation of a substantive crime that is never committed, nor even attempted, by any of the parties to the discussions" (para. 37). They argue that s. 83.18 goes even further and criminalizes "indirect and fruitless contributions to non-terrorist activities where the intention is to enhance the ability of a group to commit such preliminary acts as conspiring or counselling, even where no terrorist act is facilitated or carried out and the accused is unaware of the specific nature of the act contemplated" (Nadarajah factum, at para. 43).

[60] In my opinion, *Déry* does not assist the appellants. First, *Déry* was concerned with interpretation, not constitutional boundaries. Indeed, the reasons contemplate that Parliament could, if it wished, create an offence of attempted conspiracy: "Recognition of attempted conspiracy as

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 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 lorsqu'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, 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

a crime might well capture cases of feigned agreement, but this sort of change in the law is best left to Parliament” (para. 36).

[61] Second, the reason given in *Déry* for not punishing acts preceding the commission of an inchoate offence is that such acts would not be sufficiently proximate to a substantive offence and the harmful conduct that it seeks to address (see paras. 43-46). Here, there is no problem of remoteness from a substantive offence because Parliament has defined the substantive offence, not as a terrorist act, but as acting in ways that enhance the ability of a terrorist group to carry out a terrorist activity.

[62] I return to the central question: Is s. 83.18 broader than necessary or does it have a grossly disproportionate impact, considering that the state objective is the prevention and prosecution of terrorism? It is true that s. 83.18 captures a wide range of conduct. However, as we have seen, the scope of that conduct is reduced by the requirement of specific intent and the exclusion of conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. On the other side of the scale lies the objective of preventing the devastating harm that may result from terrorist activity. When the tailored reach of the section is weighed against the objective, it cannot be said that the selected means are broader than necessary or that the impact of the section is disproportionate.

[63] I add this. The breadth of the impugned provisions reflects Parliament’s determination that “there is substantive harm inherent in all aspects of preparation for a terrorist act because of the great harm that flows from the completion of terrorist acts”: *R. v. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199 (Ont. S.C.J.), at para. 60. In the context of the present analysis, it is appropriate to exhibit due deference to this determination. The criminalization under s. 83.18 of a broad range of interactions that have the potential to — and are intended

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 (voir les 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.), 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

to — materially enhance the abilities of terrorist groups is not grossly disproportionate nor overbroad in relation to the objective of prosecuting and, in particular, of preventing terrorism.

[64] For the foregoing reasons, I conclude that s. 83.18 does not violate s. 7 of the *Charter*.

2. Does the Law, Specifically Section 83.01(1)(b)(i)(A), Infringe Section 2 of the Charter?

(a) Does the Purpose of the Law Violate Freedom of Expression?

[65] The appellants in the companion appeals argue that Part II.1 of the *Criminal Code* criminalizes expressive activity and therefore infringes the s. 2 guarantees of freedom of expression, freedom of religion and freedom of association. A law may limit, or infringe, a right either by its purpose or by its effect. The appellants contend that the terrorism legislation, by its very purpose, limits the rights guaranteed by s. 2 of the *Charter*.

[66] The critical right at issue is freedom of expression, because the s. 2(b) argument as framed is the broadest of the *Charter* infringement claims. If freedom of expression is not infringed, on the facts of this case there is no basis to contend that freedom of religion and association are infringed, as the Court of Appeal observed in this appeal (para. 96).

[67] The activities targeted by the legislation — committing a terrorist activity, assisting in the commission of a terrorist activity, enhancing the ability of others to commit a terrorist activity and instructing others in the commission of a terrorist activity — are in a sense expressive activities. However, violent activities are not protected by s. 2(b): *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. The Crown argues that this extends to all the conduct caught by the terrorism provisions of the *Criminal Code* and that consequently, s. 2(b)

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 la *Charte*.

2. La Loi, à savoir la div. 83.01(1)(b)(i)(A), porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'art. 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 Ltd. 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. 2b) ne s'appliquent pas

protections do not apply to Part II.1 of the *Criminal Code*.

[68] The appellants accept that activity that takes the form of violence is not protected by s. 2(b). However, they argue that the Court of Appeal noted that this Court has not yet set out “the exact parameters of the violence exception to the broad meaning of expressive activity protected by s. 2(b)” (C.A. *Khawaja*, at para. 102). The violence exception, it is argued, should be construed narrowly to exclude from s. 2(b) protection only expressive activity that involves actual physical violence.

[69] The trial judge in the companion cases, Pattillo J., held that the violence exception extends to threats and other acts supporting violent activity. The Court of Appeal in this case found it unnecessary to decide the issue, holding that even if conduct captured by the definition of “terrorist activity” fell within s. 2(b), the conduct would nevertheless not be protected because it undermines the values underlying the right to freedom of expression — the pursuit of truth, participation in society and individual self-fulfillment.

[70] This Court’s jurisprudence supports the proposition that the exclusion of violence from the s. 2(b) guarantee of free expression extends to threats of violence: *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 28; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 107; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 588. As this Court held in *Greater Vancouver Transportation Authority*, “violent expression or threats of violence fall outside the scope of the s. 2(b) guarantee” (para. 28 (emphasis added)). It makes little sense to exclude acts of violence from the ambit of s. 2(b), but to confer protection on threats of violence. Neither are worthy of protection. Threats of violence, like violence, undermine the rule of law. As I wrote in dissent in

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. 2b). 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. 2b) accorde à l’activité expressive au sens large » (C.A. *Khawaja*, 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. 2b).

[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. 2b), il serait quand même privé de la protection de l’al. 2b) 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. 2b) 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, par. 28; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 107; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 588. Comme le dit la Cour dans *Greater Vancouver Transportation Authority*, « l’expression violente ou la menace de recourir à la violence ne bénéficient pas de la garantie constitutionnelle » (par. 28 (je souligne)). Il est peu logique d’exclure l’acte de violence du champ d’application de l’al. 2b), mais de protéger la menace de violence. Ni l’un ni l’autre ne valent d’être protégés. Comme la violence

*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, threats of violence take away free choice and undermine freedom of action. They undermine the very values and social conditions that are necessary for the continued existence of freedom of expression (pp. 830-31). I therefore reject that the violence exception to s. 2(b) is confined to actual physical violence, without however deciding the precise ambit of the exception. Threats of violence fall outside the s. 2(b) guarantee of free expression.

[71] Most of the conduct caught by the terrorism provisions in Part II.1 of the *Criminal Code* concerns acts of violence or threats of violence. As such, the conduct falls outside the protection of s. 2(b) of the *Charter*. The violent nature of the conduct targeted is clear. Part II.1 prohibits acts of serious violence and threats of such acts, which go beyond the scope of protected expressive activity. A “terrorist activity” is defined as an act or an omission that “intentionally” “causes death or serious bodily harm”, “endangers a person’s life”, “causes a serious risk to the health or safety of the public”, or “causes substantial property damage . . . likely to result” in these bodily harms: s. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) and (D). These acts, and threats to commit them, constitute serious violence or threats of serious violence, and hence are not protected by s. 2(b). The provision also captures counselling, conspiracy and being an accessory after the fact in relation to conduct enumerated in s. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) and (D). I need not decide whether counselling, conspiracy or being an accessory after the fact fall within the violence exception to the free expression guarantee *as a general matter*. In the case of the impugned terrorism provisions, however, the conduct enumerated in s. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) and (D) rises to a high level of gravity. The particular nature of the enumerated conduct justifies treating counselling, conspiracy or being an accessory after the fact to that conduct as being intimately connected to violence — and to the danger to Canadian society that such 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 (p. 830-831). Je rejette donc la prétention selon laquelle l’exception à l’application de l’al. 2b) 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. 2b) de la *Charte*. 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

represents. Consequently, counselling, conspiracy or being an accessory after the fact to conduct enumerated in s. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) and (D) can find no protection under s. 2(b).

[72] More problematic is the extension of the meaning of “terrorist activity” in s. 83.01(1)(b)(ii)(E), which catches “an act or omission . . . that . . . causes serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C)”. This provision, it is argued, captures “interference” and “disruption” that involve neither violence nor threats of violence, and that thus may be protected by the free expression guarantee of s. 2(b) of the *Charter*.

[73] Read as a whole and purposively, s. 83.01(1)(b)(ii)(E) is confined to the realm of acts of violence and threats of violence. The clause is directed to acts that intentionally interfere with essential infrastructure, upon which people depend, and without which life may be seriously disrupted and public health threatened. First, clause (E) is confined to “serious interference” and “serious disruption”. Second, this disruption must be to an “essential service, facility or system”. Third, the clause specifically excludes “advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C)”. Clauses (A) to (C) respectively target death or bodily harm by violence, endangering a person’s life and serious risk to the health or safety of the public. This removes from the ambit of clause (E) a large slice of expressive activity, provided it is not aimed at the

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. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) et (D) ne saurait bénéficier de la protection constitutionnelle prévue à l’al. 2b).

[72] La division 83.01(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. 2b) de la *Charte*.

[73] Interprétée globalement et téléologiquement, la div. 83.01(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

violent, dangerous ends contemplated in clauses (A) to (C).

[74] I am not persuaded on the submissions before us that the activities targeted by s. 83.01(1)(b)(ii)(E) fall within the protected zone of free expression. This said, I would not rule out the possibility that s. 83.01(1)(b)(ii)(E) might in some future case be found to capture protected activity. In such a case, the issue would be whether the incursion on free expression is justified under s. 1 of the *Charter*.

[75] I conclude that the purpose of the law does not infringe freedom of expression.

(b) *Does the Effect of the Law Violate Freedom of Expression?*

[76] The appellants all argue that s. 83.01(1)(b)(i)(A), the motive clause, is unconstitutional because (1) it has the effect of chilling the exercise of freedom of expression, freedom of religion and freedom of association; and (2) it would legitimize law enforcement action aimed at scrutinizing individuals based on their religious, political or ideological beliefs. The trial judge in this case accepted this argument and severed the motive clause; the Court of Appeal disagreed and restored it.

[77] The Crown responds that there is no evidence of a chilling effect on expression or of illegitimate targeting. The respondent further argues that the conduct caught by the provisions is not protected by the s. 2(b) guarantee, as it amounts to violence or threats of violence and does not fall within the purposes that underlie the guarantee. If there is no chilling effect with respect to the exercise of freedom of expression, there can be none with respect to freedom of religion or association.

[78] The first question is what sort of evidentiary basis is required to establish that legislation

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

has a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms. The appellants say that a chilling effect can be inferred on the basis of logic, common sense and the academic literature, as the trial judge did. The respondent says that there must be proof of a chilling effect in the form of credible empirical or anecdotal evidence, as the Court of Appeal held.

[79] In some situations, a chilling effect can be inferred from known facts and experience. For example, no reasonable person would dispute that a law that makes the press liable in damages for responsible reporting on political figures will probably have a chilling effect on what the press says. In such a case, it may be unnecessary to call evidence of a chilling effect. Therefore, if the Court of Appeal is understood as suggesting that a claimant under s. 2 of the *Charter* must always call evidence of a chilling effect, I could not agree.

[80] However, in this case, it is impossible to infer, without evidence, that the motive clause will have a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms by people holding religious or ideological views similar to those held by some terrorists. The reasons of the Court of Appeal detail why such an inference cannot be made.

[81] First, a causal connection between the motive clause and the chilling of expression of religious or ideological views has not been demonstrated. The chill in the expression of religious and ideological views referred to by the trial judge flowed from the post-“9/11” climate of suspicion, not from the motive clause in the terrorism legislation.

[82] Second, a chilling effect that results from a patently incorrect understanding of a provision cannot ground a finding of unconstitutionality. Indeed, the motive clause would only have a chilling effect on individuals who have cursory or incomplete knowledge of s. 83.01. Anyone

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

who reads the entire provision will take notice of s. 83.01(1.1), which expressly declares that “terrorist activity” within the meaning of the *Criminal Code* does not include the non-violent expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion. Only individuals who go well beyond the legitimate expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion, and instead engage in one of the serious forms of violence — or threaten one of the serious forms of violence — listed in s. 83.01(1)(b)(ii) need fear liability under the terrorism provisions of the *Criminal Code*.

[83] Third, any chilling effect that results from police misconduct, such as profiling based exclusively on ethnicity or religious belief, is not a chill created by the terrorism legislation. I agree with the following statement made by the Court of Appeal, at para. 134:

Nor can improper conduct by the state actors charged with enforcing legislation render what is otherwise constitutional legislation unconstitutional. Where the problem lies with the enforcement of a constitutionally valid statute, the solution is to remedy that improper enforcement, not to declare the statute unconstitutional: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000 SCC 69,] [2000] 2 S.C.R. 1120, . . . at paras. 133-35.

Criminal liability should not be based on a person’s political, religious or ideological views. Police should not target people as potential suspects solely because they hold or express particular views. Nor should the justice system employ improper stereotyping as a tool in legislation, investigation or prosecution. In the present case, the impugned provision is clearly drafted in a manner respectful of diversity, as it allows for the non-violent expression of political, religious or ideological views. It raises no concerns with respect to improper stereotyping.

[84] For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the appellants have not established that

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 au sous-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, [. . .] 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

the motive clause has a chilling effect on the exercise of s. 2 liberties and results in an infringement of s. 2 of the *Charter*. The motive clause is constitutional and need not be excised from the law, as the trial judge held. This is not altered by the fact that terrorist legislation in some countries does not contain a motive clause, or by the argument that the clause is unnecessary to the Canadian legislative scheme.

### 3. Conclusion on the Constitutionality of the Law

[85] I conclude that the impugned provisions do not infringe s. 7 or s. 2 of the *Charter*. It is therefore unnecessary to consider s. 1 of the *Charter*.

#### B. *Was the Law Correctly Applied?*

##### 1. Did the Deletion and Subsequent Re-insertion of the Motive Clause Make the Trial and Convictions Unfair?

[86] The trial judge found the motive clause unconstitutional and severed it. The trial proceeded on the basis that this clause was removed from the legislation, and the accused was convicted on the charges from which he appeals. The Court of Appeal held that the motive clause is constitutional and should not have been severed. It nevertheless upheld the convictions under the curative proviso of the *Criminal Code*, s. 686(1)(b)(iii), on the ground that the trial judge concluded that motive had been proven in any event.

[87] The appellant argues that the removal and later re-insertion of the motive clause made his trial and the convictions unfair. He argues that he has been convicted of different crimes on appeal than those he faced at trial. The curative proviso cannot be applied, he argues, to errors committed by a trial judge that compromise the fairness of the trial. By convicting the appellant of different charges (i.e. under different provisions) than he faced at trial,

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 inéquitable 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 inéquitable 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

the Court of Appeal ran afoul of this principle. The appellant says that had motive been an essential element of the offence at trial, he would have testified in his own defence to raise a reasonable doubt.

[88] I cannot accept the appellant's submissions. First, the trial judge made a specific factual finding that the motive component of the definition of terrorist activity had been proved beyond a reasonable doubt, which suffices to fully support the motive requirement of the convictions. At para. 89, he stated:

... I consider my pre-trial ruling [concerning the constitutionality of the motive clause] to have no real effect on the case. I say that because there is such an abundance of evidence that what was being done by Khawaja, Babar, Khyam, and his associates was clearly motivated "in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause." Whether that is an essential ingredient of these offences or not, it has been abundantly proven. [Emphasis added.]

[89] Second, the evidence of motive and the appellant's knowledge that the motive was shared by him and the Khyam terrorist cell was overwhelming and essentially undisputed. The appellant's extremist religious ideology suffused his actions and emails. He literally describes dedicating his life to violent jihad. His own correspondence established beyond dispute that his religious motive was shared by Khyam and the other "bros" in the terrorist cell, and that the appellant was aware of that fact. The appellant's motives were, simply put, beyond reasonable doubt.

[90] Third, there is no air of reality to the appellant's statement that he could have taken the stand and testified to raise a reasonable doubt on motive, had the clause not been struck. The facts just recited completely undermine the idea that it would have been possible for the appellant to offer testimony putting in doubt his knowledge that the

le fondement de dispositions différentes) que celles considérées au procès, la Cour d'appel serait allée à l'encontre de ce principe. L'appellant 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'appellant 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'appellant 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'appellant était établi hors de tout doute raisonnable.

[90] Troisièmement, l'affirmation de l'appellant 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'appellant témoigne de manière à soulever un doute sur sa

Khyam terrorist cell shared his religious motivation and commitment to violent jihad.

[91] Fourth, it is disingenuous of the appellant to claim that, but for the pre-trial ruling on the constitutionality of the motive clause, he would have made different tactical decisions during the course of his trial. Although the pre-trial ruling removed motive as a legal issue, motive remained a live factual issue. Crown evidence regarding motive had the potential to ground inferences with respect to the legal issues of knowledge and intent to enhance the abilities of a terrorist group to carry on or facilitate a terrorist activity. There is simply no credible basis on which to conclude that the appellant's defence would have been conducted differently absent pre-trial severance of the motive clause.

[92] In essence, this is a case where no prejudice flowed from the re-insertion of an essential element of the offence on appeal. It is abundantly clear that the trial judge would have convicted with or without the motive clause, and it is irrational to suppose that the overwhelming evidence of religious, political and ideological motivation could have been challenged.

[93] This is an exceptional result, appropriate in the exceptional circumstances of this case. Generally speaking, if an appellate court finds that the offence for which an appellant was convicted includes an additional essential element, fairness would require ordering a new or directed trial. In this particular case, however, this Court can be confident that the appellant suffered no prejudice deserving of a new trial only because the evidence on the additional element of the offence was overwhelming, as indeed the trial judge found, and it is plain that the appellant's strategy would not have changed had the element been recognized at trial.

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'appellant 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'appellant 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'appellant 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'appellant 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'appellant 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'appellant n'aurait pas été différente si l'élément avait été retenu au procès.

[94] I would dismiss the argument that the Court of Appeal erred in applying the curative proviso and upholding the convictions.

2. Does the Armed Conflict Exception Apply?

[95] Counts 3 to 7 arguably dealt with insurgent activities in relation to Afghanistan. The appellant claims that to the extent that his involvement with these activities was shown, he fell within the armed conflict exception to the definition of terrorist activity. The appellant contends that the onus was on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that he did not fall within the armed conflict exception, and that the Crown did not do this.

[96] The trial judge held that the appellant was not engaged in armed conflict, because his conduct did not fall within the definition of the term, and because there was no armed conflict underway in Canada, Pakistan and the United Kingdom, where the alleged acts were carried out. He took judicial notice of the conflict in Afghanistan and of the counter-insurgency against the government and the civilian population. The Court of Appeal affirmed the propriety of taking judicial notice and the finding that the alleged activities did not fall within the armed conflict exception. However, it held that the trial judge erred in holding that the armed conflict exception is restricted to acts or omissions carried out within the territorial limits of an area of armed conflict.

[97] A number of sub-issues emerge. The first is whether the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the armed conflict exception is inapplicable. The second concerns the use of judicial notice to decide whether the alleged acts fall within a particular armed conflict or not. The third is the scope of the armed conflict exception to the definition of terrorist activity.

[98] On the burden of proof, the Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that

[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'appellant 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'appellant 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

the acts alleged against an accused fall within the definition of terrorist activity. The ultimate burden of showing this is on the Crown, and any reasonable doubt must be resolved in the accused's favour. However, the armed conflict exception functions as a defence. The accused must raise the exception and make a *prima facie* case that it applies. In the present appeal, the accused could not make a *prima facie* case that the exception applied, as there was no evidential foundation to support its applicability. There was simply no air of reality to the claim that the armed conflict exception applied.

[99] On the second issue, I agree with the courts below that judicial notice could be taken of the ongoing war in Afghanistan and the counter-insurgency acts in that country which, subject to the armed conflict exception, meet the definition of terrorist activity. These facts were beyond contestation, and thus meet the test for judicial notice.

[100] The critical question in this case is whether the conduct of the appellant, as found by the trial judge, falls within the scope of the armed conflict exception. Like the courts below, I conclude that it did not. The purpose of the armed conflict exception is to exempt conduct taken during an armed conflict in accordance with applicable international law. There is no evidential foundation for the application of this exception in the present case: the conduct cannot be said to have been taken solely in support of an armed conflict, nor was it in accordance with applicable international law.

[101] First, the trial judge expressly found that the appellant knew that the Khyam group's terrorist activities extended beyond the armed conflict in Afghanistan, and supported these terrorist objectives (paras. 130-31). Thus, the appellant's actions were not "directed solely at supporting the insurgency in Afghanistan" (C.A., at para. 168). Even if the appellant's efforts with respect to Afghanistan could be considered part of an armed conflict governed by international law, the verdicts would stand.

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'était 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'appellant, 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'appellant 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] « visaient [pas] uniquement à appuyer l'insurrection en Afghanistan » (C.A., par. 168). Même si les activités de l'appellant liées à ce pays pouvaient être imputées à un conflit armé régi par le droit international, les verdicts demeureraient inchangés.

[102] Second, the evidence is overwhelmingly contrary to the proposition that the appellant's acts were part of an armed conflict governed by international law. There is no air of reality to the suggestion that the appellant believed that the Khyam group intended to act in compliance with international law, or that he cared if it did. The evidence showed only that "the appellant was a fervent purveyor of hatred, anti-Semitism, religious bigotry and adulation for mass atrocities, who was making detonators, and providing other support, for 'amazing bros . . . who felt the same way'" (R.F., at para. 39). The violent jihadist ideology espoused by the appellant in his numerous communications is fundamentally incompatible with international law. The Geneva Conventions prohibit acts aimed at spreading terror amongst civilian populations, which are considered war crimes. The appellant, by contrast, did what he did in support of a group whose credo was to take arms against whoever supports non-Islamic regimes and that recognized that suicide attacks on civilians may sometimes be justified by the ends of jihad.

[103] This was the evidence before the trial judge. Uncontradicted, it established beyond a reasonable doubt that the appellant's conduct did not fall within the armed conflict exception to the definition of terrorist activity.

### 3. Were the Verdicts Unreasonable?

[104] The appellant contends that the convictions for counts 3 to 7 are unreasonable for three reasons: (1) the Crown failed to establish his knowledge of the U.K. bomb plot; (2) there is no evidence that he knew that the Khyam group was a terrorist group; and (3) the Crown failed to prove the necessary particulars of these counts.

[105] These submissions are without merit. Counts 3 to 7 were not confined to the U.K. bomb plot. The trial judge appropriately convicted the appellant only of included offences of making an explosive with respect to the U.K. plot (counts 1

[102] Ensuite, de solides éléments de preuve réfutent la thèse que les actes de l'appellant s'inscrivaient dans le cadre d'un conflit armé régi par le droit international. Il est invraisemblable que l'appellant 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'appellant 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., par. 39). L'idéologie du jihad armé à laquelle souscrit l'appellant 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'appellant 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'appellant 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'appellant 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'appellant coupable que d'infractions incluses liées à la fabrication d'un engin explosif

and 2). Second, the trial judge, amply supported by the evidence, expressly found that the Khyam group was a terrorist group within the definition in the *Criminal Code* and that the appellant was aware of the terrorist objectives and knowingly supported and participated in them. Finally, much of the argument on unreasonable verdict is premised on the armed conflict exception, which cannot succeed for the reasons discussed above.

C. *Did the Court of Appeal Err in Overturning the Sentence Imposed by the Trial Judge and Substituting a Term of Life Imprisonment?*

1. The Trial Judge's Sentence

[106] The trial judge found the appellant guilty of seven offences. On the first two counts, he held that the appellant's knowledge of the U.K. bomb plot was not proved and convicted him only for acts related to the development of the "hifidigimonster" for unspecified bombings. On counts 3 to 7, he convicted the appellant for various acts related to the Khyam group's terrorist activity.

[107] The trial judge sentenced the appellant to 10 and a half years of imprisonment in addition to the 5 years he had already served in custody. He held that the appellant should be sentenced in respect of only one of the offences included in counts 1 and 2 on the *Kienapple* principle, since both related to the same acts — development of the "hifidigimonster".

[108] The trial judge reviewed the principles and purposes of sentencing and stated that in terrorism cases, denunciation, general deterrence and public protection should be emphasized over personal deterrence and rehabilitation. He concluded that in the absence of any evidence bearing on rehabilitation, this factor did not attract weight, and noted the gravity of the offences and the aggravating effect of the appellant's motivation.

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'appellant 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'appellant 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'appellant coupable de divers actes liés aux activités terroristes du groupe de Khyam.

[107] Le juge du procès condamne l'appellant 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'appellant 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'appellant.

[109] The trial judge rejected the Crown's argument that the appellant should receive the same sentence imposed in the U.K. on Khyam, one of the leaders of the London bomb plot, because the appellant's participation was at a lower level and did not merit life imprisonment. The trial judge referred, in his reasons for sentence, to the "amateurish effort[s]" of the appellant (para. 33), and found that Khyam and his associates "were away out in front" of the appellant, who was but "a willing helper and supporter" (para. 37).

[110] The trial judge noted that s. 83.26 of the *Criminal Code* requires that consecutive sentences be imposed for terrorism offences. However, he held that this was subject to the "totality principle" that the combined sentence should not be unduly long or harsh and should not exceed the overall culpability of the offender.

[111] The trial judge declined to give the appellant strict "two for one" credit for time served, in view of the need to denounce the conduct. However, he took into account generally the fact that the appellant had already spent five years confined to a detention centre not suited to long-term imprisonment. Similarly, without adopting a precise mathematical formula, he gave some credit for the appellant's admissions at trial.

[112] In conclusion, the trial judge imposed the following sentence amounting to a total of 10 and a half years of imprisonment: 4 years for count 1; 2 years for count 3; 2 years for count 4; 2 years for count 5; and 3 months for each of counts 6 and 7. He added the following terms: no parole eligibility for 5 years; a mandatory DNA order (stayed pending appeal); and a lifetime order prohibiting possession of firearms.

## 2. The Court of Appeal's Sentence

[113] The Court of Appeal found three errors of principle in the trial judge's sentencing and increased the sentence to life imprisonment for

[109] Le juge rejette la prétention du ministère public selon laquelle l'appellant 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'appellant 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'appellant d'[TRADUCTION] « amateur » (par. 33) et de « partisan à la fois enthousiaste et dévoué », alors que Khyam et ses acolytes « étaient bien plus déterminés » que lui (par. 37).

[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 indûment 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'appellant, 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'appellant 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'appellant 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'appellant 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 entachent la détermination de la peine en première instance et, sur le premier chef, elle

count 1 and consecutive terms of imprisonment totalling 24 years for the remaining counts.

[114] The first error was the trial judge's finding that the appellant's level of involvement was of a low order, compared to Khyam and his associates who were "away out in front" of him. The Court of Appeal held that this conclusion was unreasonable on the basis of all the evidence. The second error was in not treating the absence of evidence on rehabilitation prospects as an important factor in sentencing. The third error was in not imposing consecutive sentences, which was contrary to the requirement of s. 83.26.

### 3. Analysis

[115] At the outset, I wish to underscore that the temptation to fashion rigid sentencing principles applicable to terrorism offences as a distinct class of offences should be avoided, subject to the provisions in the *Criminal Code* that specifically pertain to those offences. The general principles of sentencing, including the totality principle, apply to terrorism offences.

[116] As regards the sentences imposed on the appellant, I agree with the Court of Appeal that the trial judge made critical errors in sentencing.

[117] The first error identified by the Court of Appeal was the trial judge's unreasonable devaluation of the seriousness of the appellant's conduct. The Court of Appeal interpreted the trial judge's comments in this regard as concluding that the appellant was less morally blameworthy than Khyam and other associates. The trial judge's comments might also be interpreted as merely concluding that the appellant was not as directly involved in terrorist activities as others. On either view, however, it appears that the trial judge effectively devalued the seriousness of the appellant's conduct in a way that was inconsistent with the evidence.

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'appellant 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'appellant, 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'appellant. Pour la Cour d'appel, il appert des remarques du juge du procès que les actes de l'appellant 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'appellant n'est pas aussi directement engagé dans l'activité terroriste que les autres. Quoi qu'il en soit, il semble que le juge minimise bel et bien, malgré la preuve, la gravité des actes de l'appellant.

[118] The evidence, in brief, showed that the appellant was determined to help the Khyam group perpetrate a number of acts of mass violence against civilian and military targets; helped finance the Khyam group; offered training in electronics to Khyam; built devices intended to serve as remote triggers for improvised explosive devices (the “hifidigimonster”); and went to Pakistan to train for “combat” in Afghanistan. His emails showed that he encouraged and applauded violent jihad. Particularly chilling is his email speaking in positive terms of using a troublesome person as a suicide bomber in an Israeli nightclub.

[119] A typical message gives the flavour of the emails the appellant sent:

Ok nigga, i'll make a booking now, InshaAllah i'm thinking of comin down on the February 20th or around then. Lemme know if that's good with u. also let me know soon how you want the device. I just want to do a demo of it and show you how it works and stuff, it's range, and other things, so we gotta find a way we can get it into UK, maybe i can courier it over, i don't know if UK customs will grab it or not. pray to the most high, he'll find us a way. we're startin to work on a few other much more sophisticated projects that can be of great benefit to the J. i'll speak to you about them when we meet . . . . [Trial judgment, at para. 42.]

[120] Indeed, the trial judge was clear that Khawaja was “fully responsible for his actions” (reasons for sentence, at para. 31). As the trial judge explained, at para. 31:

. . . he went far out of his way, from his home, from his country and from his gainful employment to engage with the Khyam group and participate as he did in and to the group's endeavors. This is not a case of a vulnerable young person being lured or beguiled into criminal misconduct in which he was not inclined to participate. Khawaja was a willing and eager participant . . . . [Emphasis added.]

[121] In short, the appellant's subjective “determination to bring death, destruction and terror to

[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 jihad 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, 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

innocent people” (para. 37) appears to have been strong — indeed, as strong as that of other members of the Khyam group.

[122] The second error identified by the Court of Appeal is that the trial judge failed to treat the absence of evidence of the appellant’s rehabilitative prospects as an important factor in sentencing. I agree that the absence of information on the likelihood of the appellant re-offending was relevant to sentencing, particularly in regard to s. 718(c) and to the need to separate offenders from society, where necessary. Indeed, as O’Connor J. wrote in *R. v. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII), at para. 31:

Where it is apparent that the offender is a dangerous person, who is likely to compromise public safety if released, he should be detained for a period of time sufficient to reasonably conclude that such danger has subsided. The duration of the sentence must be sufficient to give the correctional authorities the necessary time to properly treat the offender and for the National Parole Board to assess the risk of his reoffending.

[123] The absence of evidence on the appellant’s likelihood of re-offending gave the trial judge no assurance that he was no longer committed to violent jihad and terrorism, or that there was any chance that, over time, he could change and be released from state control without undue risk of harm to the population. The lack of information on a person’s probability of re-offending, in the face of compelling evidence of dangerousness, is sufficient to justify a stiffer sentence.

[124] I cannot accept the broad proposition that “the import of rehabilitation as a mitigating circumstance is significantly reduced in [the] context [of terrorism] given the unique nature of the crime . . . and the grave and far-reaching threat that it poses to the foundations of our democratic society” (C.A., at para. 201). The terrorism provisions catch a very wide variety of conduct, suggesting that the weight to be given to rehabilitation in a given case is best left to the reasoned discretion of trial judges on a case-by-case basis. This does

personnes innocentes, à semer la destruction et la terreur » (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), 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., 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

not, however, negate the fact that on the evidence in this case, the absence of evidence on rehabilitation prospects justified a stiffer sentence than otherwise might have been appropriate.

[125] The third error identified by the Court of Appeal is that the trial judge erred in interpreting s. 83.26, which provides that convictions under ss. 83.02 to 83.04 and 83.18 to 83.23 require consecutive sentences. The Court of Appeal took the view that the “totality principle”, which requires that the cumulative sentence rendered for multiple offences not exceed the overall culpability of the offender, should be moderated or altered in the case of terrorism offences so that “the customary upper range [of 15 to 20 years] for consecutive fixed-term sentences will not be applicable” (para. 210).

[126] While I agree with the Court of Appeal that s. 83.26 requires that sentences for terrorist offences be served consecutively, I do not agree that this result is inconsistent with the totality principle on the evidence in this case. The only restriction imposed by the totality principle is that the sentence not exceed the overall culpability of the offender. While the practice in Canadian courts is to impose sentences of between 15 to 20 years if a life sentence is not appropriate, this practice is not binding and is *not* part of the totality principle: see *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, *per* Lamer C.J., at para. 56. The fact that sentences of over 20 years may be imposed more often in terrorism cases is not inconsistent with the totality principle. It merely attests to the particular gravity of terrorist offences and the moral culpability of those who commit them. I conclude that the heightened gravity of the terrorism offences at issue in this case was sufficient to justify imposition of consecutive sentences running over 20 years, without violating the totality principle.

[127] After reviewing the three errors committed by the trial judge, the Court of Appeal went

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, le juge en chef Lamer, par. 56. 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

on to state that the sentence he imposed failed to adequately reflect three critical matters.

[128] First, the sentence imposed did not reflect the gravity of the appellant's actions. I agree. The appellant was a willing participant in a terrorist group. He was committed to bringing death on all those opposed to his extremist ideology and took many steps to provide support to the group. The bomb detonators he attempted to build would have killed many civilians had his plan succeeded. A sentence of 10 and a half years does not approach an adequate sentence for such acts.

[129] Second, the Court of Appeal found that the sentence did not reflect the continuing danger this committed and apparently remorseless man would pose to society on release. For the reasons discussed earlier, I agree. The trial judge's sentence failed to give adequate weight to the ongoing danger the appellant posed to society.

[130] Finally, the Court of Appeal faulted the trial judge's sentence for failing to send a "clear and unmistakable message that terrorism is reprehensible and those who choose to engage in it [in Canada] will pay a very heavy price" (para. 246). Without suggesting that terrorism offences attract special sentencing rules or goals, I agree that denunciation and deterrence, both specific and general, are important principles in the sentencing of terrorism offences, given their seriousness: see s. 718.2(a)(v) of the *Criminal Code*; H. Parent and J. Desrosiers, *Traité de droit criminel*, vol. 3, *La peine* (2012), at pp. 76-78.

[131] For these reasons, I would dismiss the appeal from sentence.

## VII. Conclusion

[132] I would dismiss the appeal and affirm the convictions and the sentence imposed by the Court of Appeal.

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 : voir le sous-al. 718.2a)(v) du *Code criminel*; H. Parent et J. Desrosiers, *Traité de droit criminel*, t. 3, *La peine* (2012), 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.

## APPENDIX

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

**83.01** (1) . . .

“terrorist activity” means

. . . .

(b) an act or omission, in or outside Canada,

(i) that is committed

(A) in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause, and

(B) in whole or in part with the intention of intimidating the public, or a segment of the public, with regard to its security, including its economic security, or compelling a person, a government or a domestic or an international organization to do or to refrain from doing any act, whether the public or the person, government or organization is inside or outside Canada, and

(ii) that intentionally

(A) causes death or serious bodily harm to a person by the use of violence,

(B) endangers a person’s life,

(C) causes a serious risk to the health or safety of the public or any segment of the public,

(D) causes substantial property damage, whether to public or private property, if causing such damage is likely to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C), or

(E) causes serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C),

## ANNEXE

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

**83.01** (1) . . .

« 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).

and includes a conspiracy, attempt or threat to commit any such act or omission, or being an accessory after the fact or counselling in relation to any such act or omission, but, for greater certainty, does not include an act or omission that is committed during an armed conflict and that, at the time and in the place of its commission, is in accordance with customary international law or conventional international law applicable to the conflict, or the activities undertaken by military forces of a state in the exercise of their official duties, to the extent that those activities are governed by other rules of international law.

“terrorist group” means

- (a) an entity that has as one of its purposes or activities facilitating or carrying out any terrorist activity, or
- (b) a listed entity,

and includes an association of such entities.

(1.1) For greater certainty, the expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion does not come within paragraph (b) of the definition “terrorist activity” in subsection (1) unless it constitutes an act or omission that satisfies the criteria of that paragraph.

**83.18** (1) Every one who knowingly participates in or contributes to, directly or indirectly, any activity of a terrorist group for the purpose of enhancing the ability of any terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

(2) An offence may be committed under subsection (1) whether or not

- (a) a terrorist group actually facilitates or carries out a terrorist activity;
- (b) the participation or contribution of the accused actually enhances the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity; or
- (c) the accused knows the specific nature of any terrorist activity that may be facilitated or carried out by a terrorist group.

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) Participating in or contributing to an activity of a terrorist group includes

- (a) providing, receiving or recruiting a person to receive training;
- (b) providing or offering to provide a skill or an expertise for the benefit of, at the direction of or in association with a terrorist group;
- (c) recruiting a person in order to facilitate or commit
  - (i) a terrorism offence, or
  - (ii) an act or omission outside Canada that, if committed in Canada, would be a terrorism offence;
- (d) entering or remaining in any country for the benefit of, at the direction of or in association with a terrorist group; and
- (e) making oneself, in response to instructions from any of the persons who constitute a terrorist group, available to facilitate or commit
  - (i) a terrorism offence, or
  - (ii) an act or omission outside Canada that, if committed in Canada, would be a terrorism offence.

(4) In determining whether an accused participates in or contributes to any activity of a terrorist group, the court may consider, among other factors, whether the accused

- (a) uses a name, word, symbol or other representation that identifies, or is associated with, the terrorist group;
- (b) frequently associates with any of the persons who constitute the terrorist group;
- (c) receives any benefit from the terrorist group; or
- (d) repeatedly engages in activities at the instruction of any of the persons who constitute the terrorist group.

**83.26** A sentence, other than one of life imprisonment, imposed on a person for an offence under any of sections 83.02 to 83.04 and 83.18 to 83.23 shall be served consecutively to

- (a) any other punishment imposed on the person, other than a sentence of life imprisonment, for an offence arising out of the same event or series of events; and

(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) any other sentence, other than one of life imprisonment, to which the person is subject at the time the sentence is imposed on the person for an offence under any of those sections.

**718.2** A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

. . .

(v) evidence that the offence was a terrorism offence

. . .

**719.** (1) A sentence commences when it is imposed, except where a relevant enactment otherwise provides.

. . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Greenspon, Brown & Associates, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval: Langlois Kronström Desjardins, Québec.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.*

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.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

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