

**À l'attention de M<sup>me</sup> Miriam Burke**

Greffière du Comité  
Comité spécial sur l'Afghanistan  
Direction des comités  
Chambre des communes  
131, rue Queen, salle 6-37  
Ottawa (Ontario) K1A 0A6  
[AFGH@parl.gc.ca](mailto:AFGH@parl.gc.ca)  
Tél. : 613-943-5132  
Cell. : 613-290-3559

*ENVOYÉ PAR COURRIEL*

**Objet : Comité spécial sur l'Afghanistan – Terrorisme / Code criminel – Alinéa 83.03b) du Code criminel**

Madame,

Veillez trouver ci-joint un mémoire rédigé par quatre éminents penseurs au sujet de la disposition 83.03b) du *Code criminel*<sup>1</sup> en ce qui concerne la situation en Afghanistan. Ce mémoire a été transmis par les auteurs au bureau de l'honorable David Lametti le 4 mai 2022. Mon témoignage du 16 mai 2022 devant le Comité spécial sur l'Afghanistan y fera référence.

Je précise également qu'il n'est possible d'entamer de procédure en vertu de la disposition susmentionnée du *Code criminel* qu'avec le consentement du procureur général, conformément à l'article 83.24 du *Code criminel*.

Je vous prie d'agréer, Madame, l'expression de mes sentiments les meilleurs.



Warda Shazadi Meighen  
Partenaire, Landings LLP

<sup>1</sup> *Code criminel* (L.R.C. [1985] ch. C-46)



UNIVERSITY OF TORONTO



Le 4 mai 2022

L'honorable David Lametti  
Procureur général et ministre de la Justice  
Gouvernement du Canada

**Objet : Alinéa 83.08b) du Code criminel et exfiltration de personnes d'Afghanistan**

Monsieur le Ministre,

Par la présente, nous vous faisons part de notre point de vue sur la question de savoir si le paiement de taxes ou de droits ordinaires aux autorités gouvernementales afghanes, par des employés d'acteurs humanitaires ou par des organisations financées par le Canada pour faire sortir des personnes d'Afghanistan, contreviendrait à l'alinéa 83.03b) du *Code criminel*, qui dit :

Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, directement ou non, réunit des biens ou fournit — ou invite une autre personne à le faire — ou rend disponibles des biens ou des services financiers ou connexes [...] : en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, par un groupe terroriste ou qu'ils bénéficieront, en tout ou en partie, à celui-ci.

Le gouverneur en conseil a désigné les talibans comme étant un « groupe terroriste », conformément au paragraphe 83.05(1) du *Code criminel*. D'après ce que nous avons compris, on s'est inquiété du fait que le simple paiement de taxes ou de droits ordinaires aux autorités afghanes – ce qui représente une activité courante, obligatoire et inévitable pour des personnes vivant sous une autorité gouvernante – pourrait constituer la fourniture de « biens » ou de « services financiers » aux talibans dont ces derniers profiteraient, ce qui contreviendrait à l'alinéa 83.03b).

À notre avis, faire cela ne porterait pas atteinte à cette disposition pour les trois raisons expliquées ci-après.

Premièrement, un gouvernement étranger ne peut pas être considéré comme un « groupe terroriste » en vertu du *Code criminel*, ce qui signifie que le versement de taxes ou de droits à des gouvernements étrangers ne peut contrevenir à l'alinéa 83.03b). Ce qui constitue un gouvernement étranger en vertu du *Code criminel* est déterminé par le droit international coutumier. Puisque les talibans représentent le gouvernement afghan, selon le droit international

coutumier, les taxes ou les droits qui leur sont versés ne le sont pas en contravention de l'alinéa 83.03b).

Deuxièmement, même si un gouvernement étranger pouvait être considéré comme un groupe terroriste, le paiement de taxes ou de droits aux talibans n'enfreindrait pas l'alinéa 83.03b) du *Code criminel*. En effet, le paiement de taxes ne représente pas la fourniture de biens ou de services financiers. De plus, si on interprète l'alinéa 83.03b) d'une manière qui soit conforme aux dispositions de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte* »), il n'y aurait pas de paiement de taxes ou de droits en sachant que cela profiterait aux talibans.

Troisièmement, si le paiement de taxes ou de droits aux talibans contrevenait à l'alinéa 83.03b), cela aurait la conséquence absurde de rendre inadmissibles au Canada les Afghans que le gouvernement canadien s'est précisément engagé à réinstaller, conformément à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la « *LIPR* »). La raison en est que le paragraphe 36(2) de la *LIPR* rend inadmissibles les étrangers pour le fait de « commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale » – ce qui inclurait l'alinéa 83.03b) du *Code criminel*.

**Un gouvernement étranger ne peut pas être considéré comme un « groupe terroriste », en vertu du Code criminel. Les talibans forment le gouvernement d'Afghanistan, ce qui signifie que les taxes ou les droits qui leur sont versés ne le sont pas en contravention de l'alinéa 83.03b).**

L'alinéa 83.03b) interdit la fourniture de biens ou de services financiers à un « groupe terroriste ». Le paragraphe 83.01(1) définit un groupe terroriste comme étant une « entité », qui est elle-même définie ainsi dans ce même paragraphe : « Personne, groupe, fiducie, société de personnes ou fonds, ou organisation ou association non dotée de la personnalité morale ». Les principes ordinaires d'interprétation des lois empêchent de définir le terme « groupe » ou « entité » de manière à inclure les gouvernements, y compris les gouvernements étrangers.

L'exclusion des gouvernements étrangers de la définition de « groupe terroriste » est appuyée par l'emploi du terme « gouvernement » dans la partie II.1 du *Code criminel*. Dans les dispositions applicables, le terme « gouvernement » désigne indifféremment un gouvernement canadien ou étranger. À l'alinéa 83.01(1)b), le terrorisme est défini comme étant « un acte – action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger [...] en vue », entre autres, « de contraindre [...] un gouvernement [...] que le gouvernement [...] soit ou non Canada », ce qui inclut donc les gouvernements canadiens et étrangers. L'article 83.02 érige en infraction le fait de fournir ou de réunir des biens pour certaines activités afin d'inclure tout « acte – action ou omission – [...] destiné à [...] contraindre un gouvernement [...] à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque », ce qui inclut également les gouvernements canadiens et étrangers. Enfin, l'alinéa 83.06(1)a) permet au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de présenter à un juge une demande en vue « de faire admettre en preuve des renseignements obtenus sous le sceau du secret du gouvernement d'un État étranger ou d'une organisation internationale d'États, ou de l'un de leurs organismes » – c'est-à-dire un gouvernement étranger. Le régime législatif fait clairement la différence entre les gouvernements et les entités qui peuvent constituer un groupe terroriste. Il s'ensuit que le paiement de taxes ou de droits à un gouvernement étranger ne contrevient pas à l'alinéa 83.03b).

Le *Code criminel* ne définit pas ce que constitue un gouvernement étranger. Le terme doit être interprété conformément à sa signification en vertu des règles du droit international coutumier, qui « sont entièrement intégrées dans la common law interne canadienne, et font partie de celle-ci, sauf disposition législative contraire » : *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5, paragraphe 94.

Selon le droit international coutumier, il est établi depuis longtemps que le critère d'existence d'un gouvernement est le contrôle effectif et non la légitimité démocratique : *Tinoco Arbitration, Great Britain v. Costa Rica* (1923) 1 R.I.A.A. 369. C'est pourquoi la plupart des États ne reconnaissent plus officiellement les gouvernements étrangers. Un État qui reconnaît n'a aucune autorité particulière pour déterminer le statut de celui qui est reconnu : *The Creation of States in International Law*, 2<sup>e</sup> édition, p. 152. Le Canada lui-même a publié une déclaration abandonnant la reconnaissance officielle des gouvernements en 1988 : (1989) 27 *Can.Y.B.Int'l L.* de 335 à 387-8.

Il convient de répondre par des critères objectifs à la question de savoir si les talibans représentent le gouvernement d'Afghanistan en vertu du droit international coutumier. La reconnaissance ou non-reconnaissance par le Canada n'est pas déterminante sur le plan juridique. Parmi ces critères, il y a la question de savoir si les talibans exercent un contrôle effectif sur l'Afghanistan, s'ils jouissent de l'obéissance ou de l'assentiment habituels de la population, s'il existe des gouvernements rivaux et quelles sont les relations, le cas échéant, entre les talibans et les États étrangers.

À la lumière des données dont nous disposons, nous pensons que les talibans représentent le gouvernement afghan. Ils exercent un contrôle effectif sur l'Afghanistan et jouissent de l'obéissance ou de l'assentiment habituels d'une grande partie de la population. Il n'y a pas de gouvernement rival. De plus, il y a eu des tractations entre des États étrangers et les talibans; et la non-participation du Canada à certaines de ces réunions n'a aucune pertinence d'un point de vue juridique.

Qui plus est, la non-reconnaissance des talibans est une question de volonté politique, et non une obligation juridiquement contraignante en vertu de la *Charte des Nations Unies* ou des règles applicables du droit international coutumier. Il est vrai que les États peuvent être soumis à une obligation juridiquement contraignante de l'Assemblée générale des Nations Unies de ne pas reconnaître un gouvernement; ce genre d'obligation peut également découler de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies (« CSNU »). Cependant, ni les résolutions de l'Assemblée générale ni celles du CSNU sur l'Afghanistan adoptées à la suite de la victoire des talibans en 2021 n'imposent une telle obligation. Au contraire, la Résolution 2593 (2021) du CSNU est sans équivoque dans sa reconnaissance explicite du fait que les talibans sont l'autorité qui gouverne en Afghanistan, puisqu'elle demande à « tous les donateurs et acteurs humanitaires internationaux d'apporter une aide humanitaire à l'Afghanistan et aux principaux pays accueillant des réfugiés afghans »; Afghanistan s'entend du gouvernement afghan – c'est-à-dire les talibans.

Étant donné que les talibans représentent le gouvernement afghan en vertu du droit international coutumier, ils ne peuvent pas être en même temps considérés comme un groupe terroriste, de sorte que les taxes ou droits qui leur sont versés ne le sont pas en contravention de l'alinéa 83.03b). En effet, en vertu du droit international coutumier, le Canada a l'obligation d'atténuer les effets de la non-reconnaissance d'un gouvernement ou d'un État lorsqu'il en résulte

un préjudice injustifié pour les personnes, comme lorsqu'il est porté atteinte à des droits ou à des intérêts privés, ou pour des raisons humanitaires : *Cyprus v. Turkey*, n° 25781/94 (Cour européenne des droits de l'homme), paragraphes 93 à 98. Par exemple, le Canada a l'obligation juridique internationale de donner un effet légal à la délivrance de documents de voyage, à la constitution de sociétés et à l'enregistrement des naissances, des décès et des mariages. Cette obligation s'étend à la non-criminalisation du respect des obligations administratives courantes, comme le paiement de taxes ou de droits : *The Creation of States in International Law*, 2<sup>e</sup> édition, p. 17 et 18.

### **Le paiement de taxes ou de droits ordinaires aux talibans ne viole pas l'alinéa 83.03b)**

Les critères de l'alinéa 83.03b) relatifs à l'*actus reus* et à la *mens rea* ne s'appliquent pas au paiement de taxes ou de droits ordinaires aux talibans, si l'on interprète ces critères conformément aux principes de justice fondamentale protégés par l'article 7 de la *Charte*.

L'alinéa 83.03b) criminalise tout comportement consistant à fournir, inviter à fournir ou rendre disponible des « biens ». Selon l'article 2 du *Code criminel*, les biens sont constitués de « biens ou immeubles de tous genres », et de tout ce qui a été converti ou échangé pour eux. Dans son sens ordinaire, le paiement de taxes ou de droits ne correspond pas à la fourniture de biens. D'autre part, l'alinéa 83.03b) interdit également de rendre disponibles « des services financiers ou connexes ». Par cette mention, on entend appliquer la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, ce qui était l'un des principaux objectifs de la promulgation de la Partie II.1. La portée de la *Convention* est restreinte au prêt ou au transfert d'argent. Dans son sens ordinaire, le paiement de taxes ou de droits ne constitue pas une prestation de services financiers.

De plus, l'*actus reus* de l'alinéa 83.03b) doit être pris en considération de pair avec l'interprétation de l'*actus reus* de l'infraction de participation décrite par le paragraphe 83.18 du *Code criminel*. Cette disposition a été interprétée de façon à exclure tout comportement ne présentant qu'un « risque négligeable d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste » 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 » (*R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69 par. 50 et 51). On a également déterminé que le paragraphe 83.18 s'applique à des comportements présentant « un risque de préjudice dépassant le seuil minimal » (*R. v. Ansari*, 2015 ONCA 575, par. 186). Appliqué à l'alinéa 83.03b), cela signifie que tout avantage financier consenti aux talibans doit dépasser un seuil minimal, présenter plus qu'un risque négligeable de permettre au groupe de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, et accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à des activités terroristes.

Pour établir la *mens rea* conformément à l'alinéa 83.03b), il faut prouver au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé savait que ses gestes serviraient un groupe terroriste ou que celui-ci en bénéficierait. Contrairement aux dispositions 83.02, 83.03a) et 83.04, on n'a pas à établir un objectif ou une intention relativement à une « activité terroriste », telle que définie à 83.01(1). L'alinéa 83.03b) semble se fonder sur l'idée controversée que la fourniture de biens, de services ou d'avantages financiers pour les activités non terroristes d'un groupe terroriste contribue au terrorisme en permettant à l'organisation qui en bénéficie de libérer des ressources pour financer ses activités terroristes. Cette idée a été exprimée par la majorité des juges de la Cour suprême des États-Unis dans *Holder v. Humanitarian Law Project*, 61 U.S. 1 (2010). Comme telle, l'alinéa 83.03b) va au-delà de la Résolution 1373 du Conseil de sécurité des

Nations Unies, qui demande aux gouvernements de mettre en œuvre la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*. L'article 2 de la *Convention* exige la criminalisation du financement de divers actes de terrorisme violent.

D'après nous, la *mens rea* limitée de l'alinéa 83.03b) pourrait bien violer l'article 7 de la *Charte* en étant trop générale par rapport à l'objectif légitime consistant à criminaliser le financement du terrorisme et à prévenir le terrorisme. Elle pourrait également paraître nettement disproportionnée à cette fin (Kent Roach, « Canada's New Anti-Terrorism Law » [2002] *Sing. J. of Legal Studies*, par. 122 à 135). Étant donné les arrêts de la Cour suprême relatifs à *Khawaja* et *Appulonappa v. Canada*, 2015 SCC 59 (que nous abordons plus loin), nous croyons que les tribunaux interprèteraient de façon restrictive l'alinéa 83.03b) pour qu'on établisse une intention ou un objet en relation avec une activité terroriste, ou bien l'abrogeraient parce qu'il constitue une violation injustifiée de l'article 7. On adopterait ainsi le raisonnement des juges dissidents dans *Holder v. Humanitarian Law Project*, qui étaient d'avis que l'État ne peut « spéculer » qu'un groupe terroriste emploiera toute forme de soutien, même pour des activités pacifiques, à des fins violentes, compte tenu qu'une infraction de terrorisme entraîne une restriction des libertés fondamentales et peut mener à dix années d'emprisonnement.

Enfin, comme la Partie II.1 du *Code criminel* met en œuvre les Résolutions 1988 (2011) et 2255 (2015) du Conseil de sécurité des Nations Unies, qui en appellent à tous les états de prendre des mesures contre les talibans et leurs associés, il faut interpréter l'alinéa 83.03b) dans le contexte des Résolutions ultérieures du Conseil de sécurité relatives aux talibans et au financement du terrorisme. La résolution 2615 (2021) statue que l'aide humanitaire, de même que toute autre activité répondant aux besoins humanitaires de base des Afghans ne constituent pas une violation de la Résolution 2255 (2015), et que « le paiement de fonds et d'actifs financiers ou d'autres ressources économiques et la fourniture de biens et de services nécessaires pour assurer l'acheminement, en temps voulu, d'une telle assistance ou pour soutenir de telles activités » est permis. D'après nous, toute mesure de nature humanitaire visant à exfiltrer des personnes d'Afghanistan fait clairement partie de l'exception humanitaire prévue par la Résolution 2615 et ne saurait ainsi violer l'alinéa 83.03b).

**Si le paiement de taxes ou de droits ordinaires aux talibans viole l'alinéa 83.03b), la chose aurait comme conséquence absurde de rendre inadmissibles, en vertu de la LIPR, ces Afghans mêmes que le gouvernement du Canada s'est engagé à faire venir au pays**

Le gouvernement du Canada s'est publiquement engagé à faire venir au pays des milliers d'Afghans qui risquent d'être persécutés chez eux par les talibans. Le processus d'admission de non-citoyens au Canada requiert une détermination d'admissibilité, conformément à l'alinéa 36(2)c) de la *LIPR* :

Emportent, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour criminalité les faits suivants (...) Commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation;

Le paragraphe 83.01(1) donne à l'alinéa 83.03b) un effet extraterritorial qui inclut l'Afghanistan. Si l'on viole 83.03b) en payant des taxes ou des droits ordinaires aux talibans, un très grand nombre d'Afghans violeront cet alinéa en s'acquittant d'une obligation de routine pour quiconque vit sous une autorité gouvernante. L'alinéa 83.03b) se trouverait ainsi à piéger, par exemple, le journaliste

canadien travaillant en Afghanistan, l'ONG offrant une aide humanitaire au pays, ou tout Afghan cherchant à subsister au jour le jour.

Une interprétation trop stricte aurait pour conséquence absurde rendre inadmissibles, en vertu de 36(2)c), les Afghans mêmes que le gouvernement canadien s'est engagé à faire venir au pays à cause du risque que leur fait courir le régime des talibans.

À notre avis, la bonne approche interprétative de l'alinéa 36(2)c) consisterait à suivre l'interprétation qu'a faite la Cour suprême de 37(1)b) et 117 de la *LIPR* afin d'éviter une conséquence tout aussi absurde, dans *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58 et *Appulonappa*. Le paragraphe 117(1) de la *LIPR*, telle qu'elle existait à l'époque, créait une infraction quasi criminelle de passage de clandestins :

Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

Dans *Appulonappa*, le gouvernement était d'avis que le paragraphe 117(1) englobait les demandeurs de statut de réfugié, leurs familles, et les personnes fournissant une aide humanitaire contribuant au passage irrégulier de demandeurs de statut de réfugié au Canada, même si l'entrée irrégulière de réfugiés n'était pas une infraction. La Cour suprême a rejeté cette interprétation du paragraphe 117(1), la jugeant de portée trop générale et inconstitutionnelle dans la mesure où elle criminalisait une conduite dépourvue de lien avec le crime organisé, et ne faisant rien pour favoriser le crime organisé (*Appulonappa*, par. 70).

Dans *B010*, le gouvernement soutenait par ailleurs que, puisque les demandeurs de statut de réfugié violaient le paragraphe 117(1) en participant à leur propre entrée irrégulière au pays, l'alinéa 37(1)b) de la *LIPR* les rendait inadmissibles en raison de leur participation au crime organisé. Là encore, la Cour suprême a rejeté cette interprétation menant à un résultat absurde (par. 71) :

Il est bien établi que le législateur doit être réputé ne pas souhaiter de résultats absurdes lorsqu'il adopte un texte de loi. Prenez, par exemple, le scénario évoqué par B010 où il est question d'une famille fuyant la persécution et dont la mère prend des dispositions pour se procurer de faux titres de voyage, le père paie les titres et la fille les dissimule lorsqu'ils fuient leur foyer (m.a., par. 59). À leur arrivée au Canada, ils déclarent promptement que leurs titres de voyage sont faux, et demandent l'asile. Malgré l'absence d'un avantage financier ou matériel, chaque membre de cette famille s'est livré au « passage de clandestins » et est interdit de territoire au sens de l'al. 37(1)b). Comme l'affirme B010, [TRADUCTION] « [s]ans l'exigence de l'avantage financier, il est impossible de distinguer le "passeur" du "clandestin" » (*ibid.*, par. 60). L'absurdité tient en partie au fait que, si tous les membres de la famille se sont procuré, ont acheté et ont dissimulé leurs propres titres de voyage sans s'entraider, il n'est pas contesté que l'al. 37(1)b) ne s'appliquerait pas.

De même, on doit interpréter l'alinéa 83.03b) de façon à éviter que des Afghans fuyant la persécution aux mains des talibans deviennent inadmissibles au pays parce qu'ils ont payé des taxes ou des droits ordinaires aux talibans, qui forment l'autorité gouvernante de l'Afghanistan, ce qui serait un résultat absurde.

Nous vous remercions de votre attention. Nous serions ravis d'avoir la possibilité de discuter de la question avec vous et vos collègues.

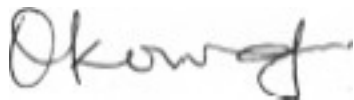
Veuillez agréer, Madame, l'expression de nos sentiments distingués.



Sujit Choudhry  
Hāki Chambers  
[suj@choudhry.law](mailto:suj@choudhry.law)  
[sujit.choudhry@hakichambers.com](mailto:sujit.choudhry@hakichambers.com)



Audrey Macklin  
Université de Toronto  
[audrey.macklin@utoronto.ca](mailto:audrey.macklin@utoronto.ca)



Phoebe Okowa  
Queen Mary University London  
Hāki Chambers



Kent Roach  
Université of Toronto  
[kent.roach@utoronto.ca](mailto:kent.roach@utoronto.ca)

Membre élu, Commission du droit international des Nations Unies [p.n.okowa@qmul.ac.uk](mailto:p.n.okowa@qmul.ac.uk)  
[phoebe.okowa@hakichambers.com](mailto:phoebe.okowa@hakichambers.com)