

L'incrimination du financement du terrorisme en droits canadien et suisse

Bertrand Perrin

Volume 42, Number 1, 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1026922ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1026922ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Perrin, B. (2012). L'incrimination du financement du terrorisme en droits canadien et suisse. *Revue générale de droit*, 42(1), 213–265.
<https://doi.org/10.7202/1026922ar>

Article abstract

There are two definitions of terrorism in Canada, one in penal matters and another in the field of immigration. Swiss law only charges the financing of terrorism. Contrary to Canadian law, Switzerland has opted for a general and abstract standard inspired by the *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*. Swiss law does not require that the terrorist act be committed for a political, religious or ideological purpose, objective or cause. This solution is preferable. However, the Swiss legislator has explicitly excluded the criminalization of *dolus eventualis* (recklessness). Canadian law allows, in this case, a wider possibility of incrimination more favourable to the implementation of penal law. Moreover, Swiss law only sanctions the financial support to a defined terrorist act, the Canadian law having in this case a wider and more adapted range of implementation. In Canadian law, the criminalization of the financing of terrorism could build itself on the following formulation: "Anyone who, directly or indirectly, provides or collects funds intending that they be used or knowing that they will be used in order to finance an act—or an entity that has as one of its purposes or one of its activities to carry out these types of acts—intended to kill or seriously injure a civilian, or any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, if the purpose of that act, by its nature or context, is to intimidate the public, or to compel a government or an international organization to do or refrain from doing any act is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a maximal term of 10 years."

L'incrimination du financement du terrorisme en droits canadien et suisse

BERTRAND PERRIN

Professeur à l'Institut de lutte contre la criminalité économique
de la Haute école de gestion Arc (Neuchâtel),
juge cantonal suppléant (Vaud)

RÉSUMÉ

Deux définitions du terrorisme coexistent au Canada, l'une en matière pénale et l'autre dans le domaine de l'immigration. Le droit suisse n'incrimine que le financement du terrorisme. Contrairement au droit canadien, la Suisse a opté pour une norme générale et abstraite inspirée de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme. La loi suisse n'exige pas que l'acte terroriste soit commis au nom d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique. Cette solution est préférable. Par contre, le législateur suisse a exclu expressément l'incrimination du dol éventuel. Le droit canadien offre, dans ce cas, une possibilité d'incrimination plus large,

ABSTRACT

There are two definitions of terrorism in Canada, one in penal matters and another in the field of immigration. Swiss law only charges the financing of terrorism. Contrary to Canadian law, Switzerland has opted for a general and abstract standard inspired by the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism. Swiss law does not require that the terrorist act be committed for a political, religious or ideological purpose, objective or cause. This solution is preferable. However, the Swiss legislator has explicitly excluded the criminalization of dolus eventualis (recklessness). Canadian law allows, in this case, a wider possibility of incrimination more favourable to the

davantage favorable à la mise en œuvre effective du droit pénal. En outre, le droit suisse ne sanctionne que le soutien financier à un acte terroriste précis, le droit canadien ayant dans ce cas aussi un champ d'application plus étendu et plus adapté. En droit canadien, l'incrimination du financement du terrorisme pourrait s'inspirer de la formulation suivante : « Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, directement ou non, fournit ou réunit des fonds, dans l'intention de les voir utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés pour financer un acte — ou une entité dont l'un des objets ou l'une des activités est de se livrer à ce type d'actes — destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ».

implementation of penal law. Moreover, Swiss law only sanctions the financial support to a defined terrorist act, the Canadian law having in this case a wider and more adapted range of implementation. In Canadian law, the criminalization of the financing of terrorism could build itself on the following formulation : "Anyone who, directly or indirectly, provides or collects funds intending that they be used or knowing that they will be used in order to finance an act — or an entity that has as one of its purposes or one of its activities to carry out these types of acts — intended to kill or seriously injure a civilian, or any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, if the purpose of that act, by its nature or context, is to intimidate the public, or to compel a government or an international organization to do or refrain from doing any act is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a maximal term of 10 years."

Mots-clés : *Financement du terrorisme, éléments matériels, éléments moraux, Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme, détermination de la peine, dol éventuel, insouciance, « combats légitimes », blanchiment d'argent.*

Key-words : *Financing of terrorism, physical elements, mental elements, International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, sentencing, dolus eventualis, recklessness, "legitimate struggles", money laundering.*

SOMMAIRE

Introduction.....	216
1. Le Canada et la Suisse face au terrorisme et à son financement..	219
2. La <i>Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme</i>	220
2.1 L'origine et le processus de ratification.....	220
2.2 Les obligations des parties	221
2.3 Les éléments matériels	222
2.4 Les éléments moraux	224
3. Les définitions du terrorisme.....	224
3.1 Les caractéristiques communes sur le plan international...	224
3.2 Les définitions en droit canadien	226
3.2.1 La définition du <i>Code criminel</i>	226
3.2.2 La définition retenue en matière d'immigration ...	228
3.3 La définition en droit pénal suisse	229
3.4 Comparaison.....	231
4. Les éléments constitutifs du financement du terrorisme dans les deux ordres juridiques	233
4.1 En droit canadien	233
4.1.1 Les dispositions du <i>Code criminel</i>	233
4.1.2 Les éléments matériels	234
4.1.3 Les éléments moraux	236
4.2 En droit suisse.....	237
4.2.1 La disposition du <i>Code pénal</i>	237

4.2.2	Les éléments objectifs	238
4.2.3	Les éléments subjectifs	239
4.3	Comparaison	240
5.	La jurisprudence.....	240
5.1	Les statistiques	240
5.2	L'affaire <i>Thambaiathurai</i>	241
5.3	La détermination de la peine en matière de financement du terrorisme.....	242
5.3.1	En droit canadien	242
5.3.2	En droit suisse.....	246
5.3.3	Comparaison.....	247
6.	Prolégomènes à une définition <i>de lege ferenda</i> du financement du terrorisme	248
6.1	L'objectif.....	248
6.2	Une incrimination autonome du terrorisme?.....	248
6.3	Les motifs de nature politique, religieuse ou idéologique ...	252
6.4	L'incrimination du dol éventuel	254
6.5	L'application à un acte précis ou une incrimination plus large?	255
6.6	La prise en compte des « combats légitimes »	258
6.7	Synthèse et proposition législative	259
7.	Financement du terrorisme et blanchiment de capitaux	261
	Conclusion	264

INTRODUCTION

1. Depuis les attentats du 11 septembre 2001, les initiatives législatives pour lutter contre le terrorisme et son financement ont connu une accélération significative. Le gouvernement canadien a déposé le projet de loi C-36 (loi anti-terroriste)¹ en octobre 2001. La sanction royale a été octroyée le 18 décembre 2001 et le texte final est entré en vigueur le 24 décembre de la même année, amendant notamment le

1. L.C. 2001, c. 41. (ci-après « LAT »).

*Code criminel*². Avant cette dernière date, celui-ci ne contenait aucune infraction relative au terrorisme en général et à son financement en particulier. En droit helvétique, le terrorisme n'est pas incriminé de manière autonome. L'article 260^{quinquies} du *Code pénal suisse*³, qui réprime spécifiquement son financement, est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2003. Les infractions incriminant le financement du terrorisme sont censées entraver dans leurs actions, voire mettre hors d'état de nuire, les groupes terroristes avant qu'ils ne commettent leurs actes violents.

2. En septembre 2009, lors du XVIII^e Congrès international de droit pénal organisé par l'Association internationale de droit pénal, la Résolution n^o 6 relative au financement du terrorisme a été adoptée, énonçant qu'« une étude comparative des définitions du terrorisme et du financement du terrorisme ainsi que des autres réglementations nationales doit être entreprise afin d'identifier les problèmes et les lacunes dans l'exécution des obligations internationales »⁴. Notre article se veut une modeste contribution à l'édification de cet ambitieux projet.

3. Nous avons retenu les systèmes canadien et suisse pour trois raisons principales. Premièrement, si les deux pays sont dotés d'une structure fédérale, le Canada connaît une tradition juridique qui est le résultat d'un mélange de droit romano-germanique, comme en Suisse, mais aussi de common law. « Que la comparaison entre deux droits (ou deux systèmes) soit utile et même indispensable est évident. Le comparatiste comprend mieux son droit en étudiant celui de ses voisins. Il peut en outre permettre au législateur de son pays de s'enrichir du droit des autres »⁵. Cette règle énoncée par Pierre Béliveau et Jean Pradel est valable quels que soient les ordres juridiques envisagés. Elle justifie déjà en elle-même la présente analyse. Mais, en plus, il s'avère particulièrement instructif d'examiner comment deux systèmes

2. L.R.C. 1985, c. C-46 (ci-après « C.cr. »).

3. Recueil systématique du droit fédéral (RS) 311.0 (ci-après « CPS »).

4. [En ligne]. http://www.penal.org/?page=activites&id_article=149 (Page consultée le 3 octobre 2011).

5. Pierre BÉLIVEAU, Jean PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadien et français. Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, 2^e éd., Cowansville (Québec), Bruylant, Éditions Yvon Blais, 2007, par. 8, p. 2 et 3.

assez éloignés l'un de l'autre ont tenté de résoudre le même problème. Si tout exercice de comparaison s'avère intrinsèquement intéressant en raison de l'effet de contraste qui permet de mieux mettre en lumière les caractéristiques respectives, un plus grand éloignement institutionnel implique un effort d'analyse préalable plus important et donc un enrichissement subséquent d'autant plus profitable. Deuxièmement, comme nous le montrerons, les deux États, en matière de terrorisme, se préoccupent avant tout des activités de soutien apportées à celui-ci, en particulier les opérations de financement. Troisièmement, à notre connaissance, aucun exercice de droit comparé relatif à ce thème n'a, jusqu'à présent, porté de manière synoptique sur les droits canadien et suisse⁶.

4. Notre étude vise à éclairer les points saillants des incriminations dans les deux pays, essentiellement en s'appuyant sur les débats doctrinaux qui ont animé le monde juridique, avec pour finalité ultime de suggérer des pistes de réflexion et des améliorations de nature législative. C'est ainsi qu'après une présentation de la *Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme*, nous rappellerons dans quelle mesure les deux États sont concernés par la problématique du terrorisme et ce que recouvre ce terme aux multiples définitions. Nous examinerons ensuite de manière synoptique les éléments matériels et moraux (objectifs et subjectifs) de l'infraction de financement de terrorisme. L'analyse du seul cas jugé dans les deux pays, en l'occurrence en Colombie-Britannique, sera aussi l'occasion d'exposer les règles respectives appliquées en matière de détermination de la peine. Enfin, avant d'aborder la question du blanchiment de capitaux, cinq problématiques qui ont fait débat seront analysées dans le but de proposer une formulation légale plus adéquate : l'incrimination autonome du terrorisme, les motifs de nature politique, religieuse ou idéologique en tant qu'éléments constitutifs, l'incrimination du dol éventuel (insouciance), l'objet du financement (acte terroriste précis ou

6. En particulier, lors du XVIII^e Congrès international de droit pénal précité, le Canada et la Suisse n'ont pas rédigé de rapport national sur le thème du financement du terrorisme. Nous nous proposons de tenter de combler cette « lacune ».

incrimination plus large) et la question des « combats légitimes » en tant qu'exceptions à la punissabilité.

1. LE CANADA ET LA SUISSE FACE AU TERRORISME ET À SON FINANCEMENT

5. Les activités terroristes peuvent être de nature primaire ou secondaire. La première catégorie regroupe les comportements violents qui constituent le cœur de celles-ci. La seconde correspond aux activités de soutien, comme recruter des membres ou financer les activités du groupe. Le Canada et la Suisse se préoccupent avant tout de ce dernier groupe, ce qui rend l'exercice de comparaison d'autant plus pertinent.

6. Le Canada représente principalement une aire pour ceux qui sont engagés dans des activités terroristes internationales. Il n'est presque jamais ciblé par des activités primaires⁷. Les actes terroristes y sont rares et se révèlent le plus souvent de gravité infime⁸, bien que le pays ait été frappé, en 1985, par l'un des attentats les plus meurtriers de l'histoire⁹. Aucune tendance ne montre que cette situation soit en changement à moyen ou long terme¹⁰. La plupart des

7. Stéphane LEMAN-LANGLOIS, « Terrorisme et crime organisé, contrastes et similitudes », dans Charles-Philippe DAVID et Benoît GAGNON (dir.), *Repenser le terrorisme. Concept, acteurs et réponses*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2007, p. 91, à la p. 94.

8. « On estime qu'il y a eu au Canada, entre 1973 et 2003, 6 détournements d'avion, 2 attentats à la bombe contre des avions, 73 canulars perturbateurs, 9 prises d'otages ou enlèvements, 4 lettres piégées, 170 bombes, bombes incendiaires et incendies criminels, 59 menaces, 35 agressions contre des personnes, 45 actes de vandalisme, 14 complots et attaques déjoués et 32 cas de soutien d'activités terroristes. [La plupart des ces actes] ne présentaient aucun caractère transnational et aucun n'a eu l'impact de l'attentat de septembre 2001 aux États-Unis » (CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Droits, restrictions et sécurité : un examen complet de la loi antiterroriste et des questions connexes*, Rapport final du Comité permanent de la sécurité publique et nationale, Ottawa, Communication Canada Édition, 1^{ère} sess., 39^e légis., mars 2007, p. 1).

9. Des valises contenant des explosifs avaient été placées dans deux avions en partance de Vancouver. Ceux-ci visaient la compagnie Air India. L'une des bombes explosa à l'aéroport de Narita, au Japon, tuant deux personnes et faisant quatre blessés. La seconde détruisit le vol 182, au large de l'Irlande, faisant 329 victimes, dont 279 Canadiens.

10. Stéphane LEMAN-LANGLOIS, Geneviève OUELLET, « L'évolution du terrorisme au Canada, 1973-2006 », dans Stéphane LEMAN-LANGLOIS et Jean-Paul BRODEUR (dir.), *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2009, p. 58, à la p. 71.

activités terroristes découvertes concernant des collectes de fonds à l'intérieur des frontières du pays pour financer des activités à l'étranger¹¹.

7. La Suisse a jusqu'à présent été très épargnée par les activités primaires. Selon le Service de renseignement de la Confédération, la menace du terrorisme ne constitue pas aujourd'hui un danger pour l'État. En 2010, les alertes terroristes ont été nombreuses en Europe, mais aucun indice ne laisse penser que la Suisse pourrait être directement visée par des attentats¹². Elle peut, cependant, servir de base pour des opérations de financement du terrorisme. Si son importante place financière ne semble pas jouer de rôle central en la matière, il ne faut pas oublier « que tant en Suisse qu'à l'étranger, les systèmes informels et autres méthodes alternatives de transferts de fonds comme le Hawala-Banking où les coursiers échappent en grande partie aux contrôles des autorités »¹³. Les problèmes de preuve se révèlent également souvent très épineux, voire rédhibitoires. Il serait donc hasardeux de tirer prématurément des conclusions trop optimistes.

2. LA CONVENTION DES NATIONS UNIES POUR LA RÉPRESSION DU FINANCEMENT DU TERRORISME

2.1 L'ORIGINE ET LE PROCESSUS DE RATIFICATION

8. La *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1999¹⁴. Elle est entrée en vigueur pour le Canada le 10 avril 2002 et pour la Suisse le 23 octobre 2003. Elle concrétise la réponse de la

11. CENTRE D'ANALYSE DES OPÉRATIONS ET DÉCLARATIONS FINANCIÈRES DU CANADA, *Regard sur le blanchiment d'argent et le financement des activités terroristes*, janvier à mars 2011, p. 10, [En ligne]. <http://www.fintrac.gc.ca/publications/watch-regard/2011-06-fra.pdf> (Page consultée le 3 octobre 2011).

12. SERVICE DE RENSEIGNEMENT DE LA CONFÉDÉRATION, *La sécurité de la Suisse*, Rapport annuel 2010, p. 14, [En ligne]. http://www.vbs.admin.ch/internet/vbs/fr/home/documentation/publication/snd_publ.parsys.58928.downloadList.74800.DownloadFile.tmp/ndbjahresbericht2010f.pdf (Page consultée le 3 octobre 2011).

13. *Id.*, p. 45.

14. A/RES/54/109.

communauté internationale qui a pris conscience de la nécessité de définir une politique spécifique en la matière, en écho aux attentats contre les ambassades américaines de Nairobi, au Kenya, et de Dar es-Salaam, en Tanzanie, en 1998¹⁵. Cependant, à la veille du 11 septembre 2001, seuls quatre pays l'avaient ratifiée. Les événements tragiques qui ont bouleversé le monde ce jour-là ont incité les États à accélérer le processus. Le 28 septembre 2001, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté la Résolution 1373 qui demandait, notamment, aux États de devenir dès que possible parties à la Convention¹⁶. Ils sont aujourd'hui au nombre de 174¹⁷. L'enjeu demeure pourtant très actuel, car, comme le souligne Nikos Passas dans son rapport général sur le financement du terrorisme, rédigé en vue du colloque préparatoire au XVIII^e Congrès de droit pénal qui s'est déroulé en avril 2008¹⁸:

les rapports nationaux [...] rapportent qu'il n'existe aucune approche légale uniforme dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme. On constate, en effet, une extraordinaire diversité entre les pays en ce qui concerne les définitions du financement du terrorisme, les sanctions, le traitement des victimes et les procédures pénales, atteignant une telle cacophonie, qu'elle en ralentit la coopération internationale et les accords d'assistance légale mutuelle.

2.2 LES OBLIGATIONS DES PARTIES

9. Les obligations principales pour les États parties à la convention consistent à ériger le financement du terrorisme en infraction, à coopérer les uns avec les autres, à se prêter mutuellement une assistance judiciaire, ainsi qu'à adopter des mesures pour répertorier et signaler les indices de financement

15. Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, Paris, Dalloz, 2010, n° 173, p. 125.

16. S/RES/1373 (2001).

17. État au 28 août 2011.

18. Nikos PASSAS, « Le financement du terrorisme. Rapport général », (2008) 79 (3/4) *Revue internationale de droit pénal* 303, 315, XVIII^e Congrès International de droit pénal. Colloque préparatoire. Cleveland (É.-U.), 9-12 avril 2008. Section II — Droit pénal spécial. Le financement du terrorisme. Quinze rapports nationaux ont été rédigés, dont ceux de l'Allemagne, des États-Unis d'Amérique et de la France. Comme nous l'avons précisé, le Canada et la Suisse n'étaient pas représentés.

d'actes terroristes, ce dernier devoir devant être assumé par les institutions financières et les autres professions intervenant dans les opérations financières. Le point central de la Convention se trouve à son article 2 chiffre 1, qui définit le financement du terrorisme. Il a la teneur suivante :

Commets une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre :

- a) Un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe;
- b) Tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

2.3 LES ÉLÉMENTS MATÉRIELS

10. Les éléments constitutifs objectifs de l'infraction de financement du terrorisme sont la mise à disposition ou la collecte de fonds et l'acte de terrorisme. Le premier est défini de manière large. Le second contient, d'une part, une acception propre et, d'autre part, procède par renvoi à des conventions sectorielles.

11. Les fonds sont, selon l'article premier chiffre 1 de la Convention :

[...] des biens de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, acquis par quelque moyen que ce soit, et des documents ou instruments juridiques sous quelque forme que ce soit, y compris sous forme électronique ou numérique, qui attestent un droit de propriété ou un intérêt sur ces biens, et notamment les crédits bancaires, les chèques de voyage, les chèques bancaires, les mandats, les actions, les titres, les

obligations, les traites et les lettres de crédit, sans que cette énumération soit limitative.

12. Ils peuvent être d'origine licite ou non. Leur mise à disposition peut être réalisée non seulement par les bailleurs de fonds, mais également par ceux qui se chargent du transfert des moyens financiers destinés à permettre un attentat terroriste. L'article 2 chiffre 3 de la Convention ajoute qu'il n'est pas nécessaire que les fonds en cause soient effectivement utilisés dans le contexte d'un acte terroriste. Le fait même de réaliser une opération financière est donc déjà punissable¹⁹.

13. L'article 2 chiffre 1 lettre a de la Convention recourt à une définition fonctionnelle du terrorisme en le considérant comme un acte qui constitue une infraction au regard de l'une des neuf conventions sectorielles citées en annexe, comme la *Convention des Nations Unies contre la prise d'otages* du 17 décembre 1979 ou la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif* du 15 décembre 1997²⁰. Toutes décrivent des comportements spécifiques qu'elles entendent voir incriminés par les États parties. Chacun de ceux-ci est assimilé à un acte terroriste par la Convention. L'article 2 chiffre 1 lettre b de cette dernière prévoit quant à lui une définition stipulative et déterminative, qui implique la réalisation de deux conditions : l'acte doit être destiné à tuer ou blesser grièvement un civil (ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé) et viser à

19. Julien GAFNER, *L'incrimination du financement du terrorisme*, Genève, Zurich et Bâle, Schulthess, 2006, p. 61.

20. Les autres conventions sont celles adoptées par l'Organisation de l'aviation civile internationale, soit la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, du 16 décembre 1970, et la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, du 23 septembre 1971, ainsi que des Nations Unies, soit la *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*, du 14 décembre 1973, la *Convention sur la protection physique des matières nucléaires*, du 3 mars 1980, et la *Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, du 10 mars 1988. S'ajoutent à la liste le *Protocole pour la répression d'actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale*, du 24 février 1988 (complémentaire à la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*), et le *Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental*, du 10 mars 1988.

intimider une population ou contraindre un gouvernement (ou une organisation internationale) à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

2.4 LES ÉLÉMENTS MORAUX

14. Sur le plan subjectif, la formulation retenue à l'article 2 chiffre 1 de la Convention s'avère restrictive. L'auteur doit avoir fourni ou réuni les fonds « dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés » en vue de commettre un acte de terrorisme. Il faut donc qu'il ait eu l'intention, d'une part, de commettre l'acte, c'est-à-dire la transaction financière à proprement parler ou la recherche de fonds, et, d'autre part, de mettre ces derniers à la disposition de groupements terroristes, ou à tout le moins savoir qu'ils étaient destinés à des opérations terroristes²¹.

3. LES DÉFINITIONS DU TERRORISME

3.1 LES CARACTÉRISTIQUES COMMUNES SUR LE PLAN INTERNATIONAL

15. Il n'existe pas d'accord global ou universel sur ce que recouvre la notion de « terrorisme », tant sur le plan de la recherche universitaire qu'institutionnel. Pourtant, il s'avérerait très utile d'aboutir à une définition consensuelle pour au moins deux raisons. D'une part, elle permettrait de rendre les mesures antiterroristes adoptées par les États plus efficaces, l'acquisition d'une référence conceptuelle unique permettant aux stratégies de contre-terrorisme d'être beaucoup plus cohérentes. D'autre part, elle contribuerait à l'avancement de la connaissance en servant à la promotion d'un cadre référentiel commun²². L'exercice de droit comparé s'inscrit notamment dans cette dernière perspective.

21. J. GAFNER, préc., note 19, p. 66 et 67.

22. Vanessa MARTIN VANASSE, Marc-Olivier BENOIT, « La définition du terrorisme : un état des lieux », dans C.-P. DAVID et B. GAGNON (dir.), *Repenser le terrorisme. Concepts, acteurs et réponses*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2007, p. 25, p. 33 et 34.

16. Alex Schmid et Albert Jongman ont analysé 109 définitions du terrorisme, recueillies entre 1936 et 1981²³. Ils ont retenu 22 concepts qu'ils ont classés par fréquence. La violence, l'objectif politique, ainsi que l'utilisation de la peur et de la terreur, sont les éléments qui reviennent le plus souvent²⁴. « Il s'agit de trois composantes nécessaires, mais insuffisantes à l'obtention d'une définition complète du terrorisme. [...] [D]'autres éléments tels que [...] les cibles ou les objectifs doivent être pris en considération »²⁵. D'une manière générale, les définitions choisies par les autorités nationales ou internationales retiennent essentiellement deux facteurs intentionnels. Le premier est celui de coercition exercée à l'égard d'un État (ou d'une organisation internationale) ou l'intimidation du public, parfois également la déstabilisation de structures institutionnelles. Secondement, certaines législations, comme celles de l'Angleterre ou du Canada, précisent encore que l'acte doit avoir été perpétré dans l'intention d'exprimer une idée à caractère politique, religieux ou idéologique²⁶.

23. Alex SCHMID, Albert JONGMAN, *Political Terrorism. A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories & Literature*, New Brunswick (USA) and London (UK), Transaction Publishers, expanded and updated edition, 2005, p. 5 et 6.

24. Les catégories et leur fréquence sont, par ordre décroissant, les suivantes : « violence, force » (83,5 %), « politique » (65,0 %), « peur, terreur accentuée » (51,0 %), « menace » (47,0 %), « effets (psychologiques) et réactions (anticipées) » (41,5 %), « différenciation victime-cible » (37,5 %), « action intentionnelle, planifiée, systématique, organisée » (32,0 %), « méthode de combat, stratégie, tactique » (30,5 %), « hors-norme, en violation des règles, sans contrainte humaine » (30,0 %), « coercition, extorsion, incitatif à l'obéissance » (28,0 %), « publicité » (21,5 %), « arbitraire, impersonnel, caractère aléatoire, sans discrimination » (21,0 %), « victimes : civils, non-combattants, neutres » (17,5 %), « intimidation » (17,0 %), « accentuation de l'innocence des victimes » (15,5 %), « groupes, mouvements, organisations comme auteurs » (14,0 %), « aspects symboliques, démonstration aux autres » (13,5 %), « violence incalculable, imprévisible, inattendue » (9,0 %), « nature clandestine » (9,0 %), « caractère répétitif ou en série de la violence » (7,0 %), « criminel » (6,0 %), « exigences faites à des parties tierces » (4,0 %). Traduction de V. MARTIN VANASSE et M.-O. BENOIT, préc., note 22, à la p. 45.

25. *Ibid.*

26. Ludovic HENNEBEL, Gregory LEWKOWICZ, « Le problème de la définition du terrorisme », dans Ludovic HENNEBEL et Damien VANDERMEERSCH (dir.), *Juger le terrorisme dans l'État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 17, p. 40 et 41.

3.2 LES DÉFINITIONS EN DROIT CANADIEN

3.2.1 La définition du *Code criminel*

17. La LAT a amendé plusieurs lois²⁷, dont le *Code criminel*²⁸. Une partie II.1, intitulée « Terrorisme » (« *Terrorism* ») a été ajoutée à ce dernier (art. 83.01 à 83.33 C.cr.). La modification législative a introduit en particulier les concepts d'« activité terroriste » et de « groupe terroriste » (« *terrorist activity* », « *terrorist group* », par. 83.01 (1) C.cr.). L'« infraction de terrorisme » (« *terrorism offence* », art. 2 C.cr.) est définie par renvoi, puisqu'elle englobe les infractions visées à l'un des articles 83.02 à 83.04 C.cr. et 83.18 à 83.23 C.cr., et les actes criminels commis au profit ou sous la direction d'un groupe terroriste, ou en association avec lui, ainsi que ceux dont l'élément matériel — acte ou omission — constitue également une activité terroriste²⁹.

18. L'« activité terroriste » peut revêtir deux formes. D'une part, il s'agit de tout acte — action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger — qui constitue une infraction de terrorisme au sens de l'une des dix conventions, signées par le Canada, citées à l'alinéa 83.01 (1) (a) C.cr.³⁰. D'autre part, l'alinéa 83.01 (1) (b) fournit une définition autonome et générique :

27. Principaux textes législatifs concernés : *Loi sur les secrets officiels*, *Loi sur la protection de l'information*, *Loi sur la preuve au Canada*, *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*, *Loi sur l'accès à l'information*, *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, *Loi sur la Cour fédérale*, *Loi sur les armes à feu*, *Loi sur la défense nationale*, *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, *Loi sur la protection des renseignements personnels*, *Loi sur l'administration des biens saisis*, *Loi sur les Nations Unies*.

28. Historique du Projet de loi C-36, [En ligne]. <http://www.parl.gc.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=F&billId=73328&Mode=1> (Page consultée le 3 octobre 2011).

29. Le complot ou la tentative en vue de commettre l'une de ces infractions ou, relativement à l'une de celles-ci, la complicité après le fait ou l'encouragement à la perpétration sont également considérés comme des infractions de terrorisme.

30. Ce sont les mêmes conventions que celles citées en annexe de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, auxquelles a été adjointe cette dernière.

[...] 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).

19. L'alinéa 83.01 (1) (b) C.cr. précise que :

[S]ont 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.

20. Un « groupe terroriste » est « une entité dont l'un des objets ou l'une des activités est de se livrer à des activités terroristes ou de les faciliter » (par. 83.01 (1) C.cr.)³¹. Tombent également dans cette catégorie les entités inscrites (« *listed entities* ») au sens de l'article 83.05 C.cr.³².

3.2.2 La définition retenue en matière d'immigration

21. Dans le domaine de l'immigration, la Cour suprême du Canada a adopté une définition moins complexe, fondée sur l'article 2 chiffre 1 lettre b de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*. Dans l'affaire *Suresh c. Canada*³³, elle a considéré que le terme « terrorisme » figurant à l'ancien article 19 de la *Loi sur l'immigration*³⁴ incluait³⁵:

31. L'article précise qu'une entité est une « personne, groupe, fiducie, société de personnes ou fonds, ou organisation ou association non dotée de la personnalité morale ».

32. « Le gouverneur en conseil peut, par règlement, établir une liste sur laquelle il inscrit toute entité dont il est convaincu, sur la recommandation du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, qu'il existe des motifs raisonnables de croire : a) que, sciemment, elle s'est livrée ou a tenté de se livrer à une activité terroriste, y a participé ou l'a facilitée; b) que, sciemment, elle a agi au nom d'une entité visée à l'alinéa a), sous sa direction ou en collaboration avec elle » (par. 83.05 (1) C.cr.). L'entité inscrite est *ipso iure* considérée comme un groupe terroriste. Cette « liste pénale » est à distinguer de celles établies sur la base du *Règlement d'application des résolutions des Nations Unies sur Al-Qaïda et le Taliban*, DORS/99-444 et du *Règlement d'application des résolutions des Nations Unies sur la lutte contre le terrorisme*, DORS/2001-360.

33. La demande d'obtention du statut de résident permanent avait été refusée à Manickavasagam Suresh sur la base des articles 53 (1) (b) et 19 (1) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2. Le Solliciteur général du Canada et la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration avaient engagé des procédures en vue de l'expulser au Sri Lanka, estimant qu'il n'était pas admissible au Canada pour des raisons de sécurité. Ils considéraient en effet qu'il était membre et avait participé à des activités de financement des Tigres libérateurs de l'Eelam tamoul, organisation active au Canada sous les auspices du *World Tamil Movement*.

34. Le jugement avait été rendu avant que le texte actuel, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, entre en vigueur. Les références au « terrorisme » figurent désormais aux alinéas 34 (1) (c) et 35 (1) (b) de la Loi.

35. *Suresh c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S 3, par. 98. La Cour a estimé que le terme utilisé revêt un sens « suffisamment certain pour être pratique, raisonnable et constitutionnel ».

[...] tout acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

22. Le Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste a regretté que deux définitions du terrorisme cohabitent dans le droit canadien et a proposé au gouvernement d'en adopter une seule applicable aux lois fédérales. L'avis exprimé renforce l'idée qu'un éclatement définitionnel n'est pas souhaitable et qu'il convient d'essayer de tendre vers un consensus :

[N]ous trouvons préoccupant le fait que deux définitions du terrorisme soient utilisées dans le contexte juridique canadien. Nous sommes également préoccupés par la possibilité que le gouvernement décide à un moment donné d'inclure différentes définitions du terrorisme dans différentes lois, selon le sujet traité. C'est l'approche qui a été adoptée par les États-Unis. Elle comporte des avantages, à savoir que chaque définition peut être adaptée aux besoins du domaine en cause, mais ces avantages, selon nous, ne suffisent pas à contrebalancer la confusion qui résulte de l'existence de multiples définitions, quant au choix de la définition à appliquer et la manière de l'interpréter en conformité avec la Charte. Les citoyens doivent savoir précisément quelles seront les conséquences de leurs actes, qu'il s'agisse d'immigration, de droit criminel ou de tout autre domaine. La présence de plusieurs définitions contribue au manque de clarté autour de la question de savoir ce qui constitue du terrorisme³⁶.

3.3 LA DÉFINITION EN DROIT PÉNAL SUISSE

23. L'article 260^{quinquies} CPS³⁷ n'incrimine pas le terrorisme de manière autonome, mais uniquement son financement

36. CANADA, SÉNAT, Comité sénatorial spécial sur la *Loi antiterroriste, Justice fondamentale dans des temps exceptionnels*, février 2007, p. 17, [En ligne]. http://publications.gc.ca/collections/collection_2011/sen/yc2-2-0/YC2-2-0-391-3-fra.pdf (Page consultée le 3 octobre 2011).

37. Historique du processus législatif, [En ligne]. http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20020052 (Page consultée le 3 octobre 2011).

(« financement du terrorisme », « *Finanzierung des Terrorismus* », « *finanziamento del terrorismo* »). Il le conçoit comme

[...] un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

24. Un acte de violence criminel³⁸ est un « crime grave impliquant l'usage de la violence »³⁹. Un crime est une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (art. 10, al. 2 CPS)⁴⁰. Les actes de violence peuvent être rattachés à trois groupes d'infractions (étant précisé que l'emploi de la force ne représente pas une condition nécessaire, la propagation d'un virus dangereux pouvant, par exemple, constituer un cas d'application)⁴¹ : tout d'abord, certains comportements qui sont dirigés contre des personnes, comme le meurtre (art. 111 CPS), l'assassinat (art. 112 CPS) ou les lésions corporelles graves (art. 122 CPS); ensuite, les destructions de biens qui impliquent un danger concret et grave pour l'intégrité corporelle humaine, en particulier certains incendies ou explosions; enfin, les atteintes à la liberté avec un risque actuel qu'une atteinte grave à l'intégrité corporelle soit commise, telles que les enfermements prolongés d'otages.

38. Il est plus juste d'accorder « criminel » avec acte, comme c'était le cas dans le projet du Conseil fédéral.

39. Message du Conseil fédéral (gouvernement fédéral) du 26 juin 2002 relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi qu'à la modification du Code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales, Feuille fédérale 2002, p. 5014, à la p. 5062, [En ligne]. <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2002/5014.pdf> (Page consultée le 3 octobre 2011).

40. En droit pénal suisse, il existe trois catégories d'infractions : les crimes, les délits et les contraventions (par ordre décroissant de gravité). Les délits sont passibles d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire (art. 10, al. 3 CPS). Les contraventions sont passibles d'une amende, dont le montant maximum s'élève à 10 000 francs suisses (art. 103 et 106, al. 1 CPS), soit environ 11 200 dollars canadiens (cours du 16 septembre 2011).

41. Ursula CASSANI, « Le train de mesures contre le financement du terrorisme : une loi nécessaire? », (2003) 6 *Revue suisse de droit des affaires* 293, 298.

25. En matière pénale, il n'existe pas de listes d'entités comme celles prévues par les articles 83.05 à 83.07 C.cr.⁴². Le ministère public doit donc dans tous les cas prouver l'existence d'un acte de violence criminel.

3.4 COMPARAISON

26. Les cas de figure dégagés par voie d'interprétation en droit suisse coïncident grandement avec ceux cités par le législateur canadien au sous-alinéa 83.01 (1) (b) (ii) C.cr., à l'exception de la situation décrite à la division (E), bien que celle-ci puisse également correspondre, selon les circonstances, à un acte de violence criminel au sens du droit suisse. En effet, si elle représente la partie la plus large de la définition du terrorisme, mais aussi la plus imparfaite, et qu'il n'apparaît pas clairement quels sont les services qui peuvent être considérés comme essentiels, il peut être admis, par exemple, que des barrages ou obstructions de routes tombent sous le coup de la définition légale⁴³. Or, l'article 237 CPS punit celui qui entrave la circulation publique. Cette dernière englobe tous les déplacements d'une personne ou d'une chose d'un lieu à un autre, pour autant qu'ils se déroulent en un lieu qui est accessible pour cet usage à un cercle indéterminé d'individus⁴⁴. Sur terre, il faut qu'il existe un chemin, une route ou une aire de manœuvre ou de stationnement. Celui qui empêche ou trouble la circulation publique en mettant sciemment en danger la vie ou l'intégrité corporelle d'un

42. Il existe par contre une *Loi fédérale sur l'application des sanctions internationales* (RS 946.231) sur la base de laquelle a été édictée une *Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au groupe « Al-Qaïda » ou aux Talibans* (RS 946.203). Selon l'article 3, alinéa 1 de cette dernière, « les avoirs et les ressources économiques appartenant aux personnes physiques et morales, aux groupes ou aux entités cités à l'annexe 2 ou contrôlés par ces derniers sont gelés ».

43. Kent ROACH, « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », dans Ronald DANIELS, Patrick MACKLEM, Kent ROACH (dir.), *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, Buffalo, London, University of Toronto Press, 2001 (reprinted 2002), p. 151, à la p. 158.

44. Bernard CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, 3^e éd., vol. II, Berne, Stämpfli, 2010, n° 3-6 ad art. 237 CPS, p. 153.

grand nombre de personnes⁴⁵ se rend coupable, selon nous, d'un acte de violence criminel.

27. Alors que le Canada a choisi de définir le second volet de l'acte terroriste (sous-al. 83.01 (1) (b) (ii) C.cr.) de manière relativement détaillée en s'appuyant sur une liste de cinq intentions secondaires, la Suisse a opté pour une norme générale et abstraite inspirée de l'article 2 chiffre 1 lettre b de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, semblable à celle décrite à la division (B) du sous-alinéa 83.01 (1) (b) (i) C.cr. Cette dernière solution, semblable à la définition retenue par la Cour suprême canadienne dans l'affaire *Suresh*, nous semble préférable. En effet, si le législateur helvétique a renoncé à établir une liste énumérative d'infractions concrètes pour décrire l'acte de violence, c'est qu'il a estimé, à juste titre selon nous, qu'une telle solution se serait révélée très compliquée. En outre, le risque qu'elle s'avère incomplète ne peut pas être écarté⁴⁶. Comme en droit suisse, il devrait incomber au juge pénal, dans chaque cas concret, de se fonder sur la formulation légale générale et d'apprécier le comportement incriminé en tenant compte de tous les critères pertinents.

28. Le droit suisse n'exige pas que l'acte terroriste soit commis au nom d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique. Cette approche législative est préférable. Ce point a beaucoup animé le débat doctrinal au Canada. Vu son importance particulière dans la perspective d'une formulation plus adéquate de l'infraction de terrorisme, nous l'examinerons plus en détail ultérieurement⁴⁷.

45. Plus de dix personnes selon l'arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 106 IV 121, 124-125, considérant 3d. Les arrêts du Tribunal fédéral sont consultables sur le site, [En ligne]. <http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm> (Page consultée le 3 octobre 2011).

46. Message du Conseil fédéral du 26 juin 2002, préc., note 39, à la p. 5062.

47. *Infra*, chapitre 6.3.

4. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU FINANCEMENT DU TERRORISME DANS LES DEUX ORDRES JURIDIQUES

4.1 EN DROIT CANADIEN

4.1.1 Les dispositions du *Code criminel*

29. La LAT a créé de nouvelles infractions relatives au financement du terrorisme (« *financing of terrorism* »). Elles sont regroupées aux articles 83.02 à 83.04 C.cr.⁴⁸.

30. L'article 83.02 C.cr. sanctionne la fourniture ou la réunion de biens « en vue de certains actes » :

Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, directement ou non, fournit ou réunit, délibérément et sans justification ou excuse légitime, des biens dans l'intention de les voir utiliser — ou en sachant qu'ils seront utilisés — en tout ou en partie, en vue :

- a) d'un acte — action ou omission — qui constitue l'une des infractions prévues aux sous-alinéas (a) (i) à (ix) de la définition de « activité terroriste » au paragraphe 83.01 (1);
- b) de tout autre acte — action ou omission — destiné à causer la mort ou des dommages corporels graves à une personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, notamment un civil, si, par sa nature ou son contexte, cet acte est destiné à intimider la population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

31. L'article 83.03 C.cr. punit le fait de « fournir, rendre disponible, etc. des biens ou services à des fins terroristes » :

48. Il s'agit des infractions de financement du terrorisme au sens strict (formel). Dans une acception plus large, il est possible d'y ajouter l'article 83.08 C.cr., qui interdit en particulier d'effectuer sciemment une opération portant sur des biens qui appartiennent à un groupe terroriste; l'article 83.18 C.cr., qui interdit de participer ou de contribuer sciemment à une activité d'un groupe terroriste; l'article 83.19 C.cr., qui interdit de faciliter sciemment une activité terroriste; l'article 83.21 C.cr., qui interdit, notamment, de charger sciemment une personne de se livrer à une activité au profit d'un groupe terroriste; et l'article 83.22 C.cr., qui interdit de charger sciemment une personne de se livrer à une activité terroriste.

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 :

- a) soit dans l'intention de les voir utiliser — ou en sachant qu'ils seront utilisés —, en tout ou en partie, pour une activité terroriste, pour faciliter une telle activité ou pour en faire bénéficier une personne qui se livre à une telle activité ou la facilite;
- b) soit 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.

32. L'article 83.04 C.cr. incrimine le fait d'«utiliser ou [d']avoir en sa possession des biens à des fins terroristes » :

Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, selon le cas :

- a) utilise directement ou non, en tout ou en partie, des biens pour une activité terroriste ou pour la faciliter;
- b) a en sa possession des biens dans l'intention de les voir utiliser — ou en sachant qu'ils seront utilisés — directement ou non, en tout ou en partie, pour une activité terroriste ou pour la faciliter.

4.1.2 Les éléments matériels

33. Les éléments matériels des trois infractions sont définis de manière à embrasser un spectre très large de relations avec des terroristes, certaines n'étant rattachées que de manière ténue à une activité exercée par ces derniers⁴⁹. Tout lien économique avec une « activité terroriste » est susceptible de tomber sous le coup de l'une ou l'autre des dispositions. Ces dernières s'appliquent aussi bien à un magasin qui vend du lait à une « personne qui facilite une activité terroriste », qu'au coiffeur coupant les cheveux d'une telle personne ou au

49. Kevin DAVIS, « Cutting off the Flow of Funds to Terrorists : Whose Funds? Which Funds? Who Decides? », dans R. DANIELS, P. MACKLEM, K. ROACH (dir.), préc., note 43, p. 299, à la p. 301.

restaurateur qui sert un repas aux membres d'un « groupe terroriste », sans égard à l'ampleur de la contribution matérielle aux buts poursuivis par la personne ou le groupe en question. De ce point de vue là, elles vont au-delà de ce qu'exige la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* qu'elles sont censées mettre en application et qui requiert l'incrimination de la fourniture ou de la réunion de fonds, mais pas de toute activité économique ayant un lien plus ou moins lointain avec le terrorisme⁵⁰.

34. Les expressions « fournit » (« *provides* ») et « rend disponible » (« *makes available* ») figurant à l'article 83.03 C.cr. semblent suffisamment vastes pour concerner des personnes qui fournissent, sur une simple base commerciale, des biens à des fins prohibées. En d'autres termes, elles ne paraissent pas devoir s'appliquer uniquement à ceux qui donnent des biens pour un usage en lien avec le terrorisme, mais également à toute personne qui vend ou loue ceux-ci pour un usage en lien avec le terrorisme, à des conditions commercialement raisonnables⁵¹.

35. L'alinéa 83.04 (b) C.cr. pose une règle qui va au-delà de ce que prévoit la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*⁵². Elle n'impose pas à l'accusation de démontrer qu'un bien quelconque a effectivement été fourni à une personne engagée dans une activité terroriste ou qui la facilite. De plus, à la différence des articles 83.02 et 83.03 C.cr. qui font référence à une personne qui « réunit » (« *collects* ») des biens pour un but similaire, l'alinéa 83.04 (b) C.cr. ne demande pas à la Couronne d'établir que la personne inculpée a commis un quelconque acte manifeste pour concrétiser son intention illicite. Elle doit seulement apporter la preuve que l'accusé était en possession des biens — par opposition à fournir, réunir ou utiliser — même si cette possession

50. Maureen WEBB, « Essential Liberty or a Little Temporary Safety? The Review of the Canadian Anti-Terrorism Act », (2006) 51 *The Criminal Law Quarterly* 53, 69.

51. K. DAVIS, préc., note 49, à la p. 301.

52. L'article 2 chiffre 1 de la Convention exige que les États incriminent la fourniture ou la réunion de fonds. Le chiffre 5 sanctionne également celui qui participe en tant que complice à l'infraction, organise sa commission (ou donne l'ordre à d'autres personnes de la commettre) ou contribue à sa commission par un groupe de personnes agissant de concert.

était antérieure à l'intention délictueuse. Par exemple, théoriquement, le propriétaire d'un restaurant pourrait engager sa responsabilité pénale dès qu'il accepterait une réservation de terroristes connus, s'il avait l'intention de voir son établissement utilisé, ou s'il savait que celui-ci serait utilisé, par ces délinquants pour discuter d'activités terroristes pendant le repas⁵³.

36. Sous réserve de la connaissance coupable et de l'intention requises, de nombreux objets peuvent être source de responsabilité pénale : « Ce peut être une arme de poing, une substance explosive, un téléphone cellulaire, un ordinateur, un faux papier d'identification [...]. Quant aux services financiers, l'utilisation de l'un ou l'autre des multiples moyens d'échange ou transit d'argent peut également devenir incriminant »⁵⁴.

37. L'article 83 (03) C.cr. n'incrimine pas uniquement le financement d'une activité terroriste, mais également le financement de toute « personne qui se livre à une telle activité ou la facilite » ou d'un « groupe terroriste ». Il est certes raisonnable de présumer que financer une personne qui participe à une activité terroriste implique une relation causale avec l'activité terroriste subséquente. Toutefois, dans certains cas, l'hypothèse ne se vérifie pas, le lien n'existant pas ou étant trop ténu. Par exemple, dans le cas du restaurateur exposé précédemment, si celui-ci sert un plat à une personne sachant qu'elle a participé à une activité terroriste, il pourrait se voir sanctionné pour avoir fourni un bien en sachant qu'il sera utilisé, en tout ou partie, pour en faire bénéficier une personne qui se livre à une telle activité ou la facilite, au sens de l'alinéa 83.03 (a) C.cr. Or, le lien entre l'acte du propriétaire du restaurant et l'activité terroriste ultérieure est très incertain ou, s'il existe effectivement, très mince⁵⁵.

4.1.3 Les éléments moraux

38. Sur le plan subjectif, l'accusé doit avoir su que le bien serait utilisé pour le terrorisme. Les personnes qui soutiennent

53. K. DAVIS, préc., note 49, p. 301 et 302.

54. Jean-Claude HÉBERT, *Droit pénal des affaires*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2002, p. 181.

55. K. DAVIS, préc., note 49, p. 302 et 303.

une organisation, mais qui ne soupçonnent pas que tout ou partie de l'argent qu'ils donnent sera détourné pour le financement d'une violence politique ou religieuse, ne sont pas punissables. Cette restriction protège ceux qui financent le terrorisme à leur insu, mais elle rend aussi plus délicate la tâche des autorités de poursuite. Cependant, lorsqu'un groupe a été inscrit comme entité terroriste, il est plus difficile pour un prévenu d'arguer qu'il ignorait que les montants qu'il lui a alloués seraient utilisés, partiellement ou totalement, en faveur du terrorisme⁵⁶.

39. La rédaction de l'article 83.02 C.cr. diffère des deux autres dispositions mentionnées, en exigeant que l'auteur ait agi « délibérément et sans justification » (« *wilfully and without lawful justification* »), tout comme la *Convention pour la répression du financement du terrorisme* qui énonce, à son article 2 chiffre 1, que la personne doit avoir agi « illicitement et délibérément ». Les raisons et implications de ce manque d'uniformité entre les trois formulations légales ne sont pas claires⁵⁷.

40. Parfois, la preuve qu'un accusé a réalisé les éléments matériels amène à admettre que les éléments moraux requis sont aussi présents. Cette manière de procéder est permise dans des procédures pénales en raison de la difficulté à obtenir la preuve directe de l'état intérieur d'un accusé. Mais, considérer que la preuve de la réalisation de l'élément matériel implique celle de l'élément moral va à l'encontre de la règle qui prévoit que ce dernier est une condition autonome de la réalisation de l'infraction⁵⁸.

4.2 EN DROIT SUISSE

4.2.1 La disposition du *Code pénal*

41. L'article 260^{quinquies} CPS (« Financement du terrorisme ») a la teneur suivante :

56. Kent ROACH, *September 11. Consequences for Canada*, Montréal & Kingston, London, Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2003, p. 39.

57. K. DAVIS, préc., note 49, à la p. 304.

58. *Id.*, p. 304 et 305.

1. Celui qui, dans le dessein de financer un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, réunit ou met à disposition des fonds, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
2. Si l'auteur n'a fait que s'accommoder de l'éventualité que les fonds en question servent à financer un acte terroriste, il n'est pas punissable au sens de la présente disposition.
3. L'acte n'est pas considéré comme financement du terrorisme lorsqu'il vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un État de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci.
4. L'al. 1 ne s'applique pas si le financement est destiné à soutenir des actes qui ne sont pas en contradiction avec les règles du droit international applicable en cas de conflit armé.

4.2.2 Les éléments objectifs

42. Les éléments constitutifs objectifs de l'infraction sont l'acte terroriste, ainsi que la réunion et la mise à disposition de fonds. Réunir des fonds signifie collecter des valeurs patrimoniales⁵⁹, les rassembler pour une utilisation future, sans qu'un transfert effectif soit exigé. La mise à disposition correspond au transfert de celles-ci⁶⁰. L'administration de ces valeurs tombe également sous le coup de la disposition lorsque son but est de permettre l'utilisation des fonds à des fins terroristes⁶¹. La notion d'administration recouvre la

59. La notion de « valeurs patrimoniales » est souvent utilisée par le législateur pénal, en particulier en matière de confiscation. Elle est suffisamment générale pour recouvrir celle de « fonds » énoncée à l'article 1 chiffre 1 de la *Convention pour la répression du financement du terrorisme*. Elle englobe tous les avantages économiques appréciables en argent. Ces valeurs ne se limitent pas aux choses matérielles telles que l'argent en espèce ou les pierres précieuses, mais comprennent aussi les droits réels limités, les créances, les papiers-valeurs et les droits immatériels (voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal fédéral du 19 février 2001, 6S.667/2000, considérant 2b et les références jurisprudentielles citées).

60. J. GAFNER, préc., note 19, p. 200.

61. Message du Conseil fédéral du 26 juin 2002, préc., note 39, à la p. 5065.

gestion, le dépôt et toute intervention qui permet ou facilite l'accès à des ressources devant être affectées à des objectifs terroristes⁶².

43. Le financement du terrorisme est une infraction de dessein⁶³. Il n'est pas nécessaire que les valeurs patrimoniales aient effectivement été utilisées dans le cadre d'un acte terroriste pour qu'elle soit réalisée⁶⁴ : dès que l'auteur a réuni ou mis à disposition les fonds, l'infraction est consommée. Il en va de même, par exemple, pour la corruption active d'agents publics étrangers (art. 322^{septies}, al. 1 CPS) où l'auteur est punissable dès qu'il a offert, promis ou octroyé un avantage indu à un agent public étranger pour que celui-ci viole ses devoirs ou use de son pouvoir d'appréciation. L'acte visé, en relation avec l'activité officielle, ne doit pas nécessairement avoir été exécuté ou omis⁶⁵.

4.2.3 Les éléments subjectifs

44. Les éléments subjectifs sont l'intention⁶⁶ et le dessein de financer l'activité terroriste. Il suffit que l'auteur sache et veuille financer un acte terroriste, même s'il n'a pas d'idée exacte d'en quoi il consiste et peu importe que les fonds soient effectivement, *in fine*, utilisés par les terroristes pour perpétrer un acte de violence criminel⁶⁷. Par contre, celui qui réunit ou met à disposition des fonds en ignorant par

62. J. GAFNER, préc., note 19, p. 201.

63. En allemand, « *Absichtsdelikt* » ou « *Delikt mit überschüssender Innentendenz* ».

64. Andreas DONATSCH, Wolfgang WOHLERS, *Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit*, 3^e éd., Zurich, Bâle, Genève, Schulthess, 2004, § 48, p. 201 et 202; Gerhard FIOLKA, dans Marcel Alexander NIGGLI, Hans WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, 2^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2007, n° 13 ad art. 260^{quinquies} CPS, p. 1731, à la p. 1736.

65. Bertrand PERRIN, *La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse. Étude de l'article 322^{septies} du Code pénal et de ses enjeux procéduraux*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, p. 208-210.

66. « Agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience et volonté » (art. 12, al. 2 CPS).

67. B. CORBOZ, préc., note 44, n° 32 ad art. 260^{quinquies} CPS, p. 355 et 356.

négligence⁶⁸ que ces valeurs patrimoniales emprunteront un canal terroriste n'est pas punissable⁶⁹.

4.3 COMPARAISON

45. En prévoyant à l'article 260^{quinquies}, alinéa 2 CPS que « si l'auteur ne fait que s'accommoder de l'éventualité que les fonds en question servent à financer un acte terroriste, il n'est pas punissable au sens de la présente disposition », le législateur helvétique a exclu expressément la commission de l'infraction par dol éventuel. Cette notion est proche de celle d'insouciance (*recklessness*) en droit canadien. Comme nous le montrerons, ce dernier permet une incrimination plus large que le droit suisse et consacre, ainsi, une solution plus pertinente⁷⁰.

46. L'article 260^{quinquies} CPS sanctionne le soutien financier à un acte terroriste précis. Le droit canadien permet une incrimination plus large, ce qui est préférable. Ici aussi, il s'agit d'un enjeu particulièrement important qui mérite que nous lui consacrons un chapitre spécifique⁷¹.

5. LA JURISPRUDENCE

5.1 LES STATISTIQUES

47. En 2009, aucun jugement n'avait encore été rendu sur la base de l'article 260^{quinquies} CPS (statistiques judiciaires)⁷². Une seule infraction, dans toute la Suisse, a été enregistrée par la police en 2009 et aucune en 2010 (statistiques policières)⁷³.

68. « Agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle » (art. 12, al. 3 CPS).

69. A. DONATSCH, W. WOHLERS, préc., note 64, § 48, p. 202.

70. *Infra*, chapitre 6.4.

71. *Infra*, chapitre 6.5.

72. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, « Code pénal — condamnations selon articles du CP », [En ligne]. <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/03/02/key/01.html> (Page consultée le 3 octobre 2011). Pas encore de statistiques pour 2010 et 2011.

73. *Ibid.*

48. Le 21 mars 2011, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté une présentation de la Couronne visant à accroître une condamnation de six mois, prononcée pour la première fois au Canada dans le cadre d'une accusation de financement du terrorisme⁷⁴. Nous allons brièvement présenter les deux jugements rendus dans cette affaire. Puisque la question centrale qui y est examinée est celle de la détermination de la peine, nous analyserons ensuite quelles sont les règles en la matière dans les deux ordres juridiques.

5.2 L'AFFAIRE THAMBAITHURAI

49. Prapaharan Thambathurai est arrivé à Vancouver le 11 mars 2008. Deux jours plus tard, les Équipes intégrées de la sécurité nationale de la Gendarmerie royale du Canada ont entrepris une enquête contre lui pour financement du terrorisme au sens de l'article 83.03 C.cr. en faveur des Tigres de libération de l'Eelam tamoul, organisation qui était inscrite sur la liste des entités terroristes, en vertu de l'article 83.05 C.cr., depuis avril 2006. Le 13 mars 2008, Prapaharan Thambathurai obtint 600 dollars d'un donateur et reçut également une promesse pour 300 dollars d'une autre personne. Il avoua aux enquêteurs qu'il était venu en Colombie-Britannique pour réunir des fonds et qu'il avait collecté entre 2 000 et 3 000 dollars depuis fin 2007.

50. Dans ses « *oral reasons for sentence* »⁷⁵, le 14 mai 2010, le juge Powers ne s'est pas livré à un examen détaillé de l'article 83.03 C.cr. Il a constaté que l'accusé avait plaidé coupable⁷⁶ d'avoir réuni des biens au sens de cette disposition, en l'occur-

74. CENTRE D'ANALYSE DES OPÉRATIONS ET DÉCLARATIONS FINANCIÈRES DU CANADA, préc., note 11, p. 12 et 13. Par contre, plusieurs jugements en matière de terrorisme en dehors de la problématique de son financement ont déjà été rendus. Voir par exemple, récemment : *R. v. Khawaja*, 2010 ONCA 862.

75. *R. v. Thambathurai*, 2010 BCSC 1949.

76. Prapaharan Thambathurai a admis les faits sur la base de l'article 655 C.cr., qui énonce que « lorsqu'un accusé subit son procès pour un acte criminel, lui-même ou son avocat peut admettre tout fait allégué contre l'accusé afin de dispenser d'en faire la preuve ». Supreme Court of British Columbia, *Her Majesty the Queen v. Prapaharan Thambathurai*, Admissions of Fact, Court File No. 24958-1, Vancouver Registry (29 avril 2010), [En ligne]. <http://nationalpostnews.files.wordpress.com/2010/05/thambithurai-edited-admissions-of-fact.pdf> (Page consultée le 3 octobre 2011).

rence de l'argent, en sachant qu'il serait utilisé en tout ou partie pour un groupe terroriste. Le juge s'est focalisé sur la question de la détermination de la peine en soulignant que c'était la première fois qu'un jugement était rendu sur la base de l'article 83.03 C.cr. et qu'il ne pouvait, par conséquent, pas s'appuyer sur des précédents pour fixer la sanction appropriée. Alors que la Couronne requerrait une peine de deux ans d'emprisonnement, le juge condamna le prévenu à six mois. Le 21 mars 2011, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté une présentation de la Couronne visant à alourdir la sentence⁷⁷.

5.3 LA DÉTERMINATION DE LA PEINE EN MATIÈRE DE FINANCEMENT DU TERRORISME

5.3.1 En droit canadien

51. Dans son arrêt, le juge Powers s'est fondé en particulier sur les articles 718 C.cr. (« Objectif », « *Purpose* »)⁷⁸, 718.1 C.cr. (« Principe fondamental », « *Fundamental principle* »)⁷⁹ et 718.2 C.cr. (« Principes de détermination de la peine », « *Other sentencing principles* »). Ceux-ci sont intégrés à la Partie XXIII du *Code criminel*, consacrée à la détermination de la peine⁸⁰.

52. En substance, les considérations prises en compte par le juge furent les suivantes⁸¹ :

— Il n'existe pas de peine minimale pour l'infraction définie à l'article 83.03 C.cr. et le plafond fixé par le législateur se situe à dix ans d'emprisonnement.

77. *R. v. Thambathurai*, 2011 BCCA 137.

78. La sanction vise notamment à « dénoncer le comportement illégal » (alinéa (a)) et à « dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions » (alinéa (b)).

79. « La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant ».

80. Précisons en outre que l'article 83.26 C.cr. énonce que « 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 [...] est purgée consécutivement : a) à toute peine — sauf une peine d'emprisonnement à perpétuité — sanctionnant une autre infraction basée sur les mêmes faits; b) à toute autre peine — sauf une peine d'emprisonnement à perpétuité — en cours d'exécution infligée à une personne pour une infraction prévue à l'un de ces articles ».

81. *R. v. Thambathurai*, préc., note 75, par. 10 et suiv.

- Selon l'accusation, les objectifs centraux de la procédure étaient la dénonciation du comportement illégal et la dissuasion. Les dispositions du *Code criminel* relatives au terrorisme concernent des agissements qui peuvent produire des impacts significatifs et déterminants sur la manière dont les membres de la société vivent. *In casu*, chaque petit montant représentait une contribution à un préjudice grave. Le prévenu était en outre en possession d'un matériel de propagande important. Le schéma mis en place pour recueillir les fonds était sophistiqué, ce qui confirmait qu'il savait que les bénéfices que les Tigres en retiraient n'étaient pas d'importance secondaire.
- À décharge, la défense a rappelé que le prévenu n'avait pas de casier judiciaire, qu'il avait accepté de plaider coupable et que cela indiquait qu'il avait du remords. Elle mit également en évidence les points positifs de son existence, notamment qu'il s'était montré, jusqu'alors, respectueux de la loi en s'impliquant dans la vie économique. Depuis sa mise en liberté, il s'était comporté de manière exemplaire. Elle a également souligné que les Tigres n'existaient plus et qu'ils ne représentaient donc plus une menace pour la collectivité⁸². Les montants collectés étaient relativement faibles et les actes s'étaient déroulés au pied de la pyramide de financement. L'affaire, en raison de sa forte médiatisation, avait aussi causé d'importants désagréments au prévenu. La défense a toutefois admis que, selon le sous-alinéa 718.2 (a) (v) C.cr., la perpétration d'une infraction de terrorisme représente une circonstance aggravante.
- Le juge a finalement retenu que l'infraction était grave. Le prévenu avait peut-être espéré que l'argent serait utilisé à des fins humanitaires, mais il acceptait que celui-ci puisse aussi aider les Tigres. Il était au courant du rôle de ces derniers. Le tribunal n'a pas considéré qu'il existait des preuves des ennuis causés au prévenu par l'attention médiatique. Il a ajouté que le fait qu'il ait plaidé coupable ne traduisait pas un remords ou la reconnaissance de la

82. En mai 2009, le gouvernement du Sri Lanka déclara avoir réussi à vaincre les Tigres.

gravité de l'infraction. Il a souligné qu'un terroriste est une personne qui a décidé que les buts qu'elle poursuit justifient tous les moyens. Pour le juge, toutefois, la peine de deux ans requise par la Couronne était trop élevée, prenant en considération le bon caractère du prévenu et tenant compte du montant faible des sommes réunies ou promises. Il n'existait, en outre, aucune preuve que le prévenu ait recouru à des menaces ou contraintes pour solliciter les sommes d'argent. Les lois contre le terrorisme sont l'un des moyens pour protéger les droits, la liberté et la stabilité qui font du Canada un bon endroit pour vivre. Selon le juge, une peine juste doit exercer un effet dissuasif sur le prévenu ou toute autre personne et dénoncer le comportement illégal. Enfin, il conclut en précisant que la sanction doit être proportionnée à la culpabilité morale du prévenu et non pas uniquement répressive ou sévère simplement parce qu'elle concerne une infraction de terrorisme. Si telle avait été la volonté du pouvoir législatif, celui-ci aurait prévu une peine minimale.

53. Dans le jugement rendu en appel, deux points méritent d'être soulignés :

— Premièrement, la juge Neilson se réfère à quatre arrêts rendus en Ontario dans des affaires de terrorisme⁸³. Les faits étaient significativement différents de ceux qui étaient au cœur de la procédure dans *Thambaiturai*, puisque les délinquants étaient directement impliqués dans des infractions terroristes visant une destruction aveugle et généralisée. Bien que la différence des contextes limite leur valeur de précédent, ces décisions sont néanmoins instructives pour la détermination de la peine en matière de financement du terrorisme. Citant la jurisprudence de l'arrêt *R. v. Khawaja*, la juge Neilson précise que le terrorisme constitue une catégorie distincte d'activité criminelle, notamment parce qu'il est motivé par une idéologie rigide et intolérante, plutôt que par un appât du gain, la colère ou la vengeance⁸⁴. Elle rappelle le cadre

83. *R. v. Khawaja*, préc., note 74; *R. v. Amara*, 2010 ONCA 858; *R. v. Gaya*, 2010 ONCA 860; *R. v. Khalid*, 2010 ONCA 861.

84. *R. v. Thambaiturai*, préc., note 77, par. 19 et *R. v. Khawaja*, id., par. 231-236.

qui avait été posé dans l'arrêt *Khawaja* pour sanctionner les infractions terroristes⁸⁵. La détermination de la peine pour les terroristes implique de prendre en considération trois facteurs : tout d'abord, la nature unique des infractions sanctionnant le terrorisme et le danger particulier qu'elles font courir à la société canadienne; ensuite, le degré de danger continu que représente le délinquant pour la société; enfin, la nécessité pour la peine d'envoyer un message clair à ceux qui voudraient se livrer à des activités terroristes, montrant que le Canada n'est pas un endroit sûr pour poursuivre leurs desseins. La juge Neilson souligne que même si ces critères ne s'imposaient pas au premier juge, elle se félicite qu'il les ait malgré tout appliqués. Elle confirme que la dénonciation du comportement illégal et la dissuasion sont les premiers éléments à prendre en considération pour déterminer la peine⁸⁶.

- Deuxièmement, le degré de danger continu que représente le délinquant pour la société est un facteur qui pose des difficultés particulières dans le domaine du terrorisme. Par définition, les infractions en la matière sont souvent motivées par des buts de nature politique, religieuse ou idéologique. Ces croyances sont souvent immuables. Ainsi, dans le cas de Prapaharan Thambathurai, le manque de remords n'était peut-être pas surprenant, en raison de son héritage tamoul, l'impact de la guerre sur sa famille et sa préoccupation constante pour la terrible situation dans laquelle était plongée la population au Sri Lanka. Le premier juge en a conclu qu'il ne représentait pas un danger terroriste persistant étant donné son bon caractère. En outre, à l'époque où le prévenu a été déféré en justice, le risque représenté par le financement des Tigres était plus faible en raison des événements survenus au Sri Lanka, c'est-à-dire avec la victoire proclamée des autorités gouvernementales sur ceux-ci⁸⁷.

54. En conclusion, la Cour d'appel explique que les infractions terroristes, bien que revêtant des caractéristiques uniques, sont régies, en matière de détermination de la peine,

85. *R. v. Thambathurai*, *id.*, par. 20 et *R. v. Khawaja*, *id.*, par. 192.

86. *R. v. Thambathurai*, *id.*, par. 21.

87. *Id.*, par. 22.

par le même cadre et les mêmes objectifs que ceux applicables aux autres infractions prévues par le *Code criminel*⁸⁸. Elle rejoint l'avis du premier juge et rejette donc l'appel.

5.3.2 En droit suisse

55. L'article 47 CPS pose le principe de la fixation de la peine. Il a la teneur suivante :

1. Le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir.
2. La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures.

56. Les critères sont énumérés de manière non exhaustive. L'élément principal est la culpabilité de l'auteur (gravité de la faute)⁸⁹. Celle-ci est évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents : la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution. Sur le plan subjectif, l'intensité de la volonté délictuelle, les motivations et les buts de l'auteur sont pris en considération. À ces composantes de la culpabilité, il convient d'ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, c'est-à-dire les antécédents, judiciaires ou non, la réputation, la situation personnelle, comme l'état de santé ou le risque de récidive, la vulnérabilité face à la peine, ainsi que le comportement après l'acte et pendant la procédure pénale⁹⁰. Le tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

88. *Id.*, par. 24.

89. Pour les peines pécuniaires, le nombre de jours-amende est également fixé en fonction de la culpabilité de l'auteur (art. 34, al. 1 CPS). Le montant est ensuite déterminé en fonction de la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement (art. 34, al. 2 CPS).

90. Arrêt du Tribunal fédéral du 17 février 2011 6B_722/2010, considérant 1.2.2; ATF 129 IV 6, 20, considérant 6.1.

57. Le juge suisse doit toujours garder à l'esprit les buts visés par la peine. Dans deux arrêts de principe⁹¹, le Tribunal fédéral a donné clairement la primauté à la prévention spéciale (réinsertion et évitement de la récidive) sur la prévention générale (exemplarité et dissuasion du public)⁹². Au moment de fixer la sanction, le magistrat doit en particulier veiller à ce que la peine prononcée ne fasse pas obstacle à l'évolution favorable du développement du condamné. Toutefois, cet aspect de prévention spéciale n'autorise que des corrections marginales, la peine devant rester proportionnée à la faute⁹³.

5.3.3 Comparaison

58. En droit suisse, il n'existe pas de règle spécifique pour fixer la peine en matière de financement du terrorisme. Les critères sont les mêmes que pour les autres infractions. La règle est donc identique à celle fixée par la Cour d'appel dans l'affaire *Thambaiturai*. Par contre, contrairement au droit canadien, le législateur n'a pas prévu que le financement du terrorisme représente une circonstance aggravante spéciale. Le juge doit donc raisonner uniquement en appliquant les règles établies par l'article 47 CPS⁹⁴.

59. Comme aucune décision n'a encore été rendue en Suisse et que la Cour suprême canadienne ne s'est pas encore prononcée sur le sujet, il n'est pas possible de tirer de conclusions définitives. Nous pouvons simplement constater que dans les deux ordres juridiques, le critère de la dissuasion joue un rôle central. Cette solution est tout à fait soutenable et n'exige pas de commentaires particuliers, la peine en droit pénal devant,

91. ATF 118 IV 337 et ATF 118 IV 342.

92. Nicolas QUELOZ, Valérie HUMBERT, « Fixation et motivation de la peine », dans Robert ROTH, Laurent MOREILLON (dir.), *Commentaire romand. Code pénal I*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2009, n° 9 ad art. 47 CPS, p. 456, à la p. 459.

93. Arrêt du Tribunal fédéral 6B_14 2007 du 17 avril 2007, considérant 5.2.

94. L'article 48 CPS prévoit des circonstances atténuantes, par exemple lorsque l'auteur a agi sous l'ascendant d'une personne à laquelle il devait obéissance ou de laquelle il dépendait (art. 48 let. a ch. 4 CPS). Le concours, idéal ou réel, est une circonstance aggravante prévue à l'article 49 CPS. Dans ce cas, le juge condamne l'auteur « à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction » (art. 49, al. 1 CPS).

avant tout, poursuivre un but de prévention, générale et spéciale. Aucun motif valable ne plaide pour une règle différente en matière de financement du terrorisme.

6. PROLÉGOMÈNES À UNE DÉFINITION DE *LEGE FERANDA* DU FINANCEMENT DU TERRORISME

6.1 L'OBJECTIF

60. Après avoir exposé les principales caractéristiques des éléments constitutifs des infractions de financement du terrorisme dans les deux ordres juridiques, nous allons à présent nous concentrer sur les questions controversées qui ont animé le débat doctrinal ou politique dans les deux pays. L'objectif est de proposer une définition pénale du financement du terrorisme qui tienne compte des réflexions menées de part et d'autre de l'Atlantique, dans le but ultime d'aboutir à une application plus réaliste et efficace du droit pénal. Un tel exercice ne peut forcément représenter qu'une réponse partielle à la problématique. Pour parvenir à des conclusions plus définitives, il faudrait au moins intégrer des questions de procédure pénale, notamment celles des pouvoirs d'enquête des autorités de poursuite ou de la saisie des fonds, et disposer de points de comparaison avec de plus nombreux pays. Notre démarche se veut donc une contribution à l'élaboration d'une définition du terrorisme et de son financement qui s'inscrit forcément dans une perspective beaucoup plus globale.

6.2 UNE INCRIMINATION AUTONOME DU TERRORISME?

61. Dans son projet législatif, le gouvernement suisse avait proposé d'incriminer le terrorisme en tant que tel sur la base d'un article 260^{quinquies} CPS, son financement devant être sanctionné par un article 260^{sexies} CPS⁹⁵. Le Parlement a finalement renoncé à cette option, estimant que les infractions existantes, telles que l'assassinat (art. 112 CPS), la séquestration et l'enlèvement (art. 183 CPS), la prise d'otages

95. Message du Conseil fédéral du 26 juin 2002, préc., note 39, p. 5062 et suiv.

(art. 185 CPS) ou le génocide (art. 264 CPS) permettaient déjà aux autorités de lutter avec efficacité contre les actes terroristes⁹⁶. « L'utilité d'une telle incrimination était pour le moins douteuse, car les infractions commises par les terroristes constituaient d'ores et déjà des crimes graves [...]. La nouvelle incrimination aurait, au mieux, fait double emploi avec ces infractions spécifiques »⁹⁷.

62. Au Canada, le débat fut le même. Par exemple, le professeur Don Stuart, de la Faculté de droit de l'Université Queen's, entendu en qualité de témoin par le Comité sénatorial spécial sur le projet de loi C-36, déclara que les lois alors en vigueur suffisaient pour combattre le terrorisme : « Ceux d'entre nous qui réfléchissent depuis des années au principe sur lequel repose le droit pénal et qui enseignent cette discipline, ne voient absolument aucune raison de créer de nouveaux crimes pour lutter contre le terrorisme »⁹⁸. Kent Roach, dans l'un de ses articles, souligna le nombre important de dispositions légales qui existaient déjà⁹⁹ et permettaient d'appréhender le phénomène terroriste sous ses différentes facettes¹⁰⁰. Malgré tout, le Parlement canadien décida finalement d'incriminer l'activité terroriste pour elle-même.

63. Le terrorisme est essentiellement un concept à caractère politique et médiatique. Il relève donc, avant tout, des sciences politiques et de la politique de communication. « De surcroît, le choix d'inclure tous les éléments dans la définition ou d'en exclure certains est également un acte politique. Le terrorisme ne devient dès lors un objet criminologique

96. Note de synthèse 02.052 du Parlement fédéral relative à la ratification des *Conventions des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme et des attentats à l'explosif*, [En ligne]. http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20020052 (Page consultée le 3 octobre 2011).

97. U. CASSANI, préc., note 41, 295.

98. CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur le Projet de loi C-36*, procès-verbaux, 1^{re} sess., 37^e légis., fascicule n° 8, 5 décembre 2001, p. 58, [En ligne]. <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/371/sm36/pdf/08issue.pdf> (Page consultée le 3 octobre 2011).

99. Par exemple, le meurtre (art. 230 C.cr.), le détournement d'aéronefs (art. 76 C.cr.), l'atteinte à la sécurité des aéronefs ou des aéroports (art. 77 C.cr.), l'administration d'un poison ou d'une substance destructive (art. 245 C.cr.), le sabotage (art. 52 C.cr.), les lésions corporelles (art. 269 C.cr.), l'enlèvement (art. 279 C.cr.) ou la prise d'otages (art. 279.1 C.cr.).

100. K. ROACH, préc., note 43, p. 152-154.

qu'après avoir passé par les filtres politiques et médiatiques »¹⁰¹. Renoncer à incriminer le terrorisme de manière autonome permet au législateur de faire l'économie d'un débat politique complexe, profondément controversé. Il est aussi difficile pour le juge pénal d'interpréter et d'appliquer ce concept marqué par l'idéologie. D'ailleurs, sur le plan international, l'adoption des conventions sectorielles est en grande partie le résultat de l'incapacité d'élaborer un instrument général de lutte contre le terrorisme reposant sur une définition consensuelle.

64. D'un autre point de vue, incriminer un comportement est un acte symboliquement fort. Le législateur indique quel bien il souhaite protéger pénalement et donc quelles sont les valeurs qu'il veut défendre. Cette dimension revêt une importance qu'il convient de ne pas sous-estimer. Un État qui punit le terrorisme témoigne de sa détermination à combattre ce fléau. Sous un angle très pratique, la présence d'une disposition qui sanctionne le terrorisme parallèlement à d'autres infractions punissant les actes de violence criminels dans un code pénal peut être conçue comme un complément plutôt que comme un élément superfétatoire. Si l'accusation n'arrive pas à prouver que les éléments constitutifs de l'activité terroriste sont réalisés en raison de la complexité définitionnelle de l'infraction ou de problèmes de preuve, elle peut tenter de « se replier » sur des incriminations plus « classiques » qui posent, dans le cas en question, moins de problèmes d'application. Si le délinquant est finalement condamné pour meurtre ou assassinat plutôt que pour terrorisme, l'effet préventif est sauf.

65. Selon nous, savoir s'il faut incriminer le terrorisme de manière autonome ne représente pas un enjeu fondamental. L'essentiel est qu'un État dispose d'un arsenal répressif lui permettant de punir les différentes facettes du phénomène. Par contre, la question de sa définition reste posée, notamment parce que, pour sanctionner le financement du terrorisme, il faut forcément savoir en quoi consiste ce dernier. Le problème de l'interprétation de cet élément constitutif n'est

101. André KUHN, « Terrorisme scientifique », (2002) 1 *Revue suisse de criminologie* 23, 24.

alors que déplacé. Or, punir le financement du terrorisme nous semble important. Il est vrai que certains rappellent que la terreur est bon marché et que par conséquent l'élément financier ne constituerait pas le nœud du problème dans le domaine du terrorisme¹⁰². Pourtant, la preuve de l'inefficacité des mesures de lutte contre le financement du terrorisme n'a pas été encore apportée. Par exemple, Michael Jacobson et Matthew Levitt, anciens membres du Département de renseignement financier et de lutte contre le terrorisme au ministère américain des Finances, estiment que la lutte efficace des États et des organisations internationales pour tarir les sources de financement d'Al-Qaïda a porté ses fruits : « Les problèmes financiers d'Al-Qaïda sont largement dus à l'intensification de l'effort international depuis 2001 pour gêner les activités de l'organisation »¹⁰³. Kent Roach, qui soutient que le droit criminel est d'une utilité limitée pour lutter contre le terrorisme, considère par contre qu'il l'est à l'égard des tiers qui dispensent divers services aux terroristes, par exemple les établissements financiers¹⁰⁴. La plupart sont d'ailleurs soumis à diverses obligations, en particulier de déclaration ou de communication, qui rendent l'emploi des canaux de financement formels plus difficile pour les terroristes¹⁰⁵. C'est l'une des conséquences positives de l'incrimination du financement du terrorisme.

102. Ursula CASSANI, « Droit pénal économique 2003-2005 : actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption) », dans Walter FELLMANN, Tomas POLEDNA (dir.), *La pratique de l'avocat*, Berne, Stämpfli, 2005, p. 671, à la p. 689.

103. Michael JACOBSON, Matthew LEVITT, « Al-Qaïda en mauvaise santé », dans *Jane's Defense Weekly*, Londres, extrait publié dans *Courrier international*, n° 1070, 5-11 mai 2011, p. 14 et 15.

104. Kent ROACH, dans Thomas GABOR, *La Loi antiterroriste et ses effets : points de vue d'universitaires canadiens*, Département de criminologie, Division de la recherche et de la statistique, Université d'Ottawa, 31 mars 2004, p. 61, à la p. 65, [En ligne]. <http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection/J3-2-2005-2-1F.pdf> (Page consultée le 3 octobre 2011).

105. CANADA, *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, c. 17. SUISSE, *Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier* (LBA), RS 955.0.

6.3 LES MOTIFS DE NATURE POLITIQUE, RELIGIEUSE OU IDÉOLOGIQUE

66. Dans la définition de l'activité terroriste, l'exigence relative aux motifs de nature « politique, religieuse ou idéologique » posée à la division (A) du sous-alinéa 83.01 (1) (b) (i) C.cr. a fait couler beaucoup d'encre. L'accusation doit prouver hors de tout doute raisonnable non seulement l'acte et l'intention, mais, en plus, ce motif spécifique. Le fardeau de la preuve s'en voit donc alourdi. En outre, la création de cette infraction fondée sur les motifs (« *motive-based crime* ») confère aux agents gouvernementaux un large pouvoir discrétionnaire pour profiler politiquement des individus ou groupes, en les ciblant non pas pour ce qu'ils ont fait, mais pour ce qu'ils sont ou pensent¹⁰⁶.

67. Mohammad Khawaja fut la première personne à être accusée d'infractions de terrorisme découlant de la LAT. Il fut arrêté à Ottawa le 29 mars 2004. Il dut répondre à des accusations de complot en vue de commettre des actes terroristes au Royaume-Uni. Son affaire a donné lieu à une abondante jurisprudence¹⁰⁷. L'arrêt qui nous intéresse a été rendu le 24 octobre 2006 par la Cour supérieure de justice de l'Ontario, à la suite d'une demande de jugement, accueillie en partie, déclarant inconstitutionnelle et inopérante la disposition relative aux motifs politiques, religieux ou idéologiques du *Code criminel*¹⁰⁸. Le juge Rutherford a estimé en effet que la

106. M. WEBB, préc., note 50, 63.

107. *R. v. Khawaja* (2008), 238 C.C.C (3d) 114 (Ont. S.C.J.) : déclaration de culpabilité sur sept chefs d'infractions de terrorisme, notamment détention d'une substance explosive susceptible de causer la mort et participation à une activité d'un groupe terroriste; *R. v. Khawaja* (2009), 248 C.C.C (3d) 233 (Ont. S.C.J.) : condamnation à une peine d'incarcération de dix ans et demi; *R. v. Khawaja*, préc., note 74 : appel des déclarations de culpabilité et des peines rejeté; appel incident des peines accueilli. En particulier, alourdissement de la peine pour fabrication d'un détonateur en vue de causer une explosion susceptible de causer la mort (emprisonnement à perpétuité). Une demande d'autorisation d'appel a été déposée auprès de la Cour suprême du Canada le 15 février 2011, accordée le 30 juin 2011. Voir aussi : *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 463, [2007] A.C.F n° 648 et *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2007] A.C.F n° 1635 (contestation devant la Cour fédérale de la validité constitutionnelle du paragraphe 38.11 (2) de la *Loi sur la preuve* au Canada, puis recours devant la Cour d'appel fédérale).

108. *R. v. Khawaja* (2006), 214 C.C.C (3d) 399 (Ont. S.C.J.), 42 C.R. (6th) 348, [2006] O.J. N° 4245 (Ont. S.C.J.).

division (A) du sous-alinéa 83.01 (1) (b) (i) C.cr. viole les libertés garanties aux alinéas 2 (a)¹⁰⁹, (b)¹¹⁰ et (d)¹¹¹ de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹². Par conséquent, l'article 83.01 C.cr. doit être appliqué comme si les motifs prévus par la disposition examinée n'existaient pas¹¹³. Comme une demande d'autorisation d'appel fut refusée par la Cour suprême le 5 avril 2007, la partie de la définition d'activité terroriste qui a été cassée par le juge ne s'applique plus en Ontario. Les juges siégeant dans les autres provinces restent toutefois libres de suivre l'avis de leur collègue ou non. Il faudrait que la Cour suprême du Canada rende un arrêt sur le fond pour que la décision s'impose dans tout le pays. Une autre solution serait que le législateur modifie l'article 83.01 C.cr. dans le sens des considérants formulés par le juge Rutherford.

68. Il n'est pas souhaitable que des motifs d'ordre politique, religieux ou idéologique figurent comme éléments constitutifs de l'activité, ou de l'acte, terroriste. Le législateur suisse a évité cet écueil. Au Canada, l'abandon de la disposition critiquée, en laissant intact le reste de la définition de l'activité terroriste, pourrait poser un problème lié au principe de la légalité (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Cette solution risquerait en effet d'aboutir à un important élargissement du champ d'application de l'article 83.01 C.cr.¹¹⁴. Une idée pertinente consisterait à appliquer une définition inspirée de celle retenue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Suresh*¹¹⁵. Nous développerons ultérieurement et plus en détail cette possibilité, en exposant notre propre définition.

109. « Liberté de conscience et de religion ».

110. « Liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression [...] ».

111. « Liberté d'association ».

112. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

113. *R. v. Khawaja*, préc., note 108, par. 87.

114. Émilie GRENIER, *Le Canada face au terrorisme international. Analyse d'une loi antiterroriste*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 81 et 82 et références doctrinales citées.

115. Kent ROACH, « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law », (2006) 51 *The Criminal Law Quarterly* 102, 103.

6.4 L'INCRIMINATION DU DOL ÉVENTUEL

69. En droit suisse, le dol éventuel est une forme de faute intentionnelle. Il signifie que l'auteur a prévu la possibilité qu'une conséquence survienne et s'est accommodé à l'éventualité qu'elle se produise¹¹⁶. L'auteur doit avoir eu pour but de financer le terrorisme et pas seulement accepter cette possibilité au cas où elle se réaliserait. Une incrimination aurait eu pour conséquence de rendre « punissable le citoyen qui envisagerait et accepterait le risque sérieux qu'une partie des fonds donnés dans un but humanitaire — acheminer et distribuer des vivres ou financer un projet éducatif dans un territoire dominé par des groupes terroristes, par exemple — soit utilisée pour des actes terroristes »¹¹⁷. Les Chambres fédérales ont voulu éviter ce risque.

70. En droit canadien, l'insouciance désigne « le comportement de celui qui est conscient d'un risque et qui, malgré cette connaissance, agit ou s'abstient d'agir tout en acceptant ou en étant indifférent quant au résultat »¹¹⁸. La plupart des dispositions incriminant le financement du terrorisme emploient les expressions « dans l'intention » (« *intending* ») ou « en sachant » (« *knowing* »). Elles permettent une condamnation même dans les cas où l'accusé n'est pas certain si ces actes seront, *in fine*, reliés à une activité terroriste. Agir « dans l'intention » qu'un événement survienne n'implique pas forcément pour l'auteur qu'il croit que cet événement va survenir de manière certaine comme conséquence de son comportement. Cela signifie qu'il est conscient que l'événement représente une conséquence possible de son acte. L'auteur peut aussi être condamné même s'il n'éprouve pas un désir particulier de faciliter une activité terroriste, voire s'il est indifférent ou éprouve de l'aversion pour celle-ci. Le degré de satisfaction procuré à une personne par un événement n'est pertinent que du point de vue de ses mobiles et, parfois, de son intention ou de ses buts. La formulation « en sachant »

116. L'article 12, alinéa 2, 2^e phrase CPS énonce que « l'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait ».

117. U. CASSANI, préc., note 41, 297.

118. Hugues PARENT, *Traité de droit criminel*, t. 2, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n^o 323, p. 231 et 232.

suppose la conscience de la probabilité de l'événement¹¹⁹. Le droit canadien est donc moins restrictif que le droit suisse.

71. Nous pensons que le dol éventuel, ou l'insouciance, doit être sanctionné pénalement en matière de financement du terrorisme. La solution contraire revient à créer un obstacle non négligeable en matière de preuve. En outre, comme le soulignait pertinemment le conseiller aux États (sénateur) Dick Marty lors des débats parlementaires, évoquant le projet d'alinéa 2 de l'article 260^{quinquies} CPS¹²⁰ :

[...] on veut éliminer le dol éventuel en oubliant que selon toute la doctrine suisse, le dol éventuel est partie du dol. C'est une part de l'intention. Ce qui n'est pas punissable, et c'est juste que ce ne soit pas punissable, c'est la négligence. Si j'ai été léger dans le financement, si je n'ai pas pris toutes les précautions, je ne suis pas punissable parce que j'ai été négligent. Mais le dol éventuel signifie : « Je finance, je ne sais pas très bien ce qu'ils vont faire de cet argent, mais même si cet argent sert à faire exploser un avion, j'accepte de financer ». C'est ce que veut dire cette disposition. « Si l'auteur n'a fait que s'accommoder de l'éventualité », une éventualité qu'il accepte sciemment.

6.5 L'APPLICATION À UN ACTE PRÉCIS OU UNE INCRIMINATION PLUS LARGE?

72. Selon l'article 260^{quinquies} CPS, l'auteur doit avoir connaissance de l'acte terroriste et vouloir, par dessein ou dol direct, y contribuer de manière causale. S'il favorise l'activité criminelle de l'organisation par un soutien logistique, qui peut relever du service financier, c'est l'article 260^{ter} CPS, qui réprime l'organisation criminelle¹²¹, qui entre en ligne de

119. K. DAVIS, préc., note 49, p. 304 et 305.

120. Dick MARTY, *Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale*, Conseil des États, objet 02.052, 2 décembre 2002, p. 1080, [En ligne]. http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/s/4616/70904/f_s_4616_70904_71042.htm (Page consultée le 3 octobre 2011).

121. L'article 260^{ter} chiffre 1 CPS prévoit que « celui qui aura participé à une organisation qui tient sa structure et son effectif secrets et qui poursuit le but de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels, celui qui aura soutenu une telle organisation terroriste dans son activité criminelle, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ». Pour la définition de l'organisation criminelle en droit canadien, voir le paragraphe 467.1 (1) C.cr. et, pour un cas intéressant d'application, *R. v. Terezakis*, 2007 BCCA 384.

compte¹²². Le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé que des organisations terroristes, comme l'ETA basque, les Brigades rouges italiennes ou Al-Qaïda, remplissent les conditions de la définition de l'organisation criminelle¹²³. Plus récemment, en mai 2009, le Ministère public de la Confédération a ouvert une enquête de police judiciaire pour extorsion (art. 156 CPS), contrainte (art. 181 CPS), blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CPS) et organisation criminelle. Certains membres présumés d'une fraction appartenant au mouvement des Tigres de libération de l'Eelam tamoul étaient soupçonnés d'avoir participé à une organisation de type criminel ou de l'avoir soutenue. Ils auraient, depuis la Suisse, collecté des fonds auprès de la communauté tamoule résidant en Suisse et organisé leur transfert, vers Singapour notamment¹²⁴. Le parquet n'a visiblement pas retenu l'infraction de financement du terrorisme, mais celle d'organisation criminelle.

73. Le droit canadien permet une incrimination plus large en prévoyant, en particulier, que se rend coupable d'un acte criminel celui qui réunit, fournit ou rend disponibles des biens ou services financiers en sachant qu'ils seront utilisés par un groupe terroriste ou qu'ils bénéficieront à ce dernier (al. 83.03 (b) C.cr.). Cette solution est préférable. En effet, en droit suisse, le recours forcé à l'article 260^{ter} CPS pour sanctionner celui qui soutient financièrement une organisation terroriste n'est pas satisfaisant. Elle pose des problèmes d'application pratique. Par exemple, en droit suisse, une organisation criminelle doit comporter au moins trois personnes¹²⁵. Un individu qui soutiendrait financièrement un terroriste, agissant seul ou avec un autre participant, ne serait donc punissable ni du chef de l'article 260^{ter} CPS ni de celui de l'article 260^{quinquies} CPS. De plus, si le coût d'un acte

122. U. CASSANI, *préc.*, note 41, 304.

123. ATF 125 II 569; ATF 128 II 355; arrêt du Tribunal fédéral 1A.194/2002 du 15 novembre 2002. Ces jugements ont été rendus dans le cadre de la coopération judiciaire internationale en matière pénale.

124. Arrêt de la I^{re} Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BH.2011.1 du 16 février 2011, relatif à un ordre de mise en détention provisoire, [En ligne]. http://bstger.weblaw.ch/pdf/20110216_BH_2011_1.pdf (Page consultée le 3 octobre 2011).

125. Il en est de même au Canada, où le nombre figure expressément au paragraphe 467.1 (1) C.cr. En Suisse, il a été fixé par la jurisprudence (voir, par exemple, l'ATF 129 IV 271, 273, considérant 2.3.1).

terroriste particulier n'est souvent pas élevé, il en va en général différemment de celui nécessaire à assurer le fonctionnement et la pérennité d'une organisation terroriste bien structurée.

74. Sur le plan théorique, terrorisme et crime organisé doivent en être distingués. Si les deux phénomènes présentent des similitudes très importantes, notamment par le recours à la violence, plusieurs contrastes sont à souligner. Tout d'abord, l'intention des acteurs est en général différente : l'objectif ultime du terroriste est politique, alors que celui du membre d'une organisation criminelle est économique. Or, dans le premier cas, la finalité peut être satisfaite, alors que la fin qui consiste à s'enrichir ne peut jamais être définitivement réalisée. Le but d'une organisation criminelle est donc de durer, alors que le groupe terroriste vise à devenir inutile le plus rapidement possible. Ensuite, si les terroristes utilisent la violence à chaque occasion, en visant large, les groupes criminels y recourent avec plus de retenue, en se focalisant sur les concurrents ou les membres du groupe qui leur posent problème, afin d'éviter d'attirer trop l'attention des autorités de poursuite pénale. Enfin, l'organisation criminelle vise toujours à minimiser ses contacts avec les autorités, alors que ces dernières sont visées par les activités terroristes. Il faut encore ajouter que pour un groupe terroriste, accepter la criminalité équivaut à perdre une partie de sa légitimité aux yeux du public¹²⁶.

75. Le financement du terrorisme, en tant qu'infraction, ne devrait en conséquence pas concerner uniquement un acte précis, mais aussi le soutien apporté à l'organisation ou l'entité terroriste elle-même, cette dernière notion devant être indépendante du nombre de personnes physiques qui la composent. Celui qui fournit ou réunit des fonds en faveur de terroristes en voulant ou sachant qu'ils seront utilisés pour commettre des actes de violence criminels doit être punissable pour financement du terrorisme, alors même que ces derniers ne sont pas encore déterminés ou déterminables.

126. S. LEMAN-LANGLOIS, préc., note 7, p. 94-102.

6.6 LA PRISE EN COMPTE DES « COMBATS LÉGITIMES »

76. L'article 260^{quinquies} alinéa 3 CPS pose une exception de punissabilité lorsque l'acte de financement du terrorisme « vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un État de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci ». Le comportement n'est pas non plus pénalement répréhensible s'il est « destiné à soutenir des actes qui ne sont pas en contradiction avec les règles du droit international applicable en cas de conflit armé » (al. 4). Une règle similaire à cette dernière est prévue à l'article 83.01 C.cr., qui exclut de la définition de l'activité terroriste :

[...] 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.

77. Si la notion de « droits de l'homme » est juridiquement bien circonscrite par les textes supranationaux, en particulier par le *Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques*, il n'en va pas de même de celles de « régime démocratique » et d'« État de droit », qui revêtent une composante politique plus marquée et s'avèrent plus difficiles à délimiter. Le droit international des conflits armés (*ius in bello*) inclut essentiellement le « droit de La Haye », qui régit la conduite des hostilités et le « droit de Genève », qui concerne la protection des victimes des conflits armés¹²⁷.

78. Selon nous, la présence de ces différentes réserves n'est ni nécessaire ni souhaitable. Il est souvent délicat d'opérer une distinction claire entre « combat légitime » et « terrorisme » : « La difficulté réside dans le fait que si le consensus forgé par le jugement de l'histoire permet aisément de se faire une opinion sur l'illégitimité de tel régime politique passé et,

127. Pour plus de détails sur le sujet, voir Robert KOLB, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés : précis*, 2^e éd., Bâle, Bruxelles, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, 2009.

par effet de ricochet, la légitimité de la résistance contre lui, les choses sont plus floues pour ce qui est du présent »¹²⁸. Il est préférable que le juge pénal traite au cas par cas les affaires qui lui sont soumises, en analysant chaque situation spécifique à la lumière du principe de proportionnalité¹²⁹, étant précisé qu'un acte mené au nom des droits de la personne, de la démocratie ou de l'État de droit ne justifie pas l'utilisation de n'importe quelle violence. Quant à la référence au *ius in bello*, il est évident que les actes qui sont licites au regard du droit international ne sauraient être punissables en droit pénal suisse ou canadien. Commentant l'article 260^{quinquies}, alinéa 4 CPS, Ursula Cassani souligne à juste titre que « la formulation n'est pas sans ambiguïté : les règles visées sont-elles celles qui gouvernent la légalité du recours à la force (*jus ad bellum*) ou les règles humanitaires à respecter en cas de guerre (*jus in bello*)? Un simple renvoi au droit international eût été clair — quoiqu'inutile »¹³⁰. En outre, les règles du droit international applicables en cas de conflit armé permettent, même dans le cadre d'une guerre de libération, de condamner les attentats contre la population civile et autorisent des actes de guerre à l'encontre des forces militaires¹³¹.

6.7 SYNTHÈSE ET PROPOSITION LÉGISLATIVE

79. Il appartient à chaque ordre juridique de décider s'il souhaite incriminer le terrorisme pour lui-même. Aussi bien au Canada qu'en Suisse, où les choix furent différents, il existe suffisamment d'infractions dans le *Code criminel* ou le *Code pénal* pour couvrir l'ensemble des actes susceptibles d'être perpétrés par des terroristes.

80. En tous les cas, le financement du terrorisme doit être sanctionné pénalement. Les motifs de nature politique, religieuse ou idéologique ne doivent pas être constitutifs de la définition du terrorisme. Par rapport à l'utilisation de fonds à des fins terroristes, une incrimination du dol éventuel ou

128. U. CASSANI, préc., note 41, 300.

129. J. GAFNER, préc., note 19, 209.

130. U. CASSANI, préc., note 41, 302 et 303.

131. J. GAFNER, préc., note 19, 210.

de l'insouciance s'impose. Une infraction sanctionnant le financement du terrorisme ne devrait pas s'appliquer qu'à un acte précis, mais également au soutien apporté à une entité ou organisation qui se livre à des activités terroristes. Enfin, il est souhaitable de faire l'économie d'une référence légale à des situations de « combats légitimes » pour exclure la punissabilité.

81. Nous proposons une incrimination du financement du terrorisme qui serait formulée ainsi :

Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, directement ou non, fournit ou réunit des fonds, dans l'intention de les voir utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés pour financer un acte — ou une entité dont l'un des objets ou l'une des activités est de se livrer à ce type d'actes — destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

82. La formulation doit être adaptée aux spécificités de chaque ordre juridique, en particulier sur le plan formel. Celle exposée ci-dessus est inspirée de la terminologie canadienne¹³². En droit suisse, l'infraction pourrait être énoncée comme suit (nouvel article 260^{quinquies} CPS ne comportant plus qu'un seul alinéa) :

Celui qui réunit ou met à disposition des valeurs patrimoniales, dans le dessein de financer un acte, ou une entité dont l'un des objets ou l'une des activités est de se livrer à ce type d'actes, destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte

132. Elle impliquerait naturellement une adaptation législative plus globale, avec notamment une redéfinition de l'activité terroriste.

quelconque, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans ou d'une peine pécuniaire.

7. FINANCEMENT DU TERRORISME ET BLANCHIMENT DE CAPITAUX

83. Depuis les attentats du 11 septembre 2001, la question du financement du terrorisme a été intimement liée à celle du blanchiment de capitaux. Le Groupe d'action financière, dont le Canada et la Suisse sont membres, a formulé des recommandations sur le sujet¹³³. Elles sont de véritables sources du droit (*soft law*) et ont inspiré les législations nationales des deux pays. Les deux États sont également membres du Groupe Egmont¹³⁴, qui réunit les cellules de renseignement financier (*Financial Intelligence Units*) de nombreux États, comme le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE) et le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, en Suisse.

84. Au Canada, le blanchiment d'argent a été érigé en infraction en 1989. Il a pris place dans la Partie XII.2 du *Code criminel* relative aux « produits de la criminalité » (« *proceeds of crime* »), plus précisément à l'article 462.31 C.cr. (« recyclage des produits de la criminalité », « *laundering proceeds of crime* »). « De nos jours, au Canada, on peut se rendre coupable de blanchiment non plus seulement des gains de trafics de stupéfiants ou des revenus de crimes graves, mais aussi des bénéfices de presque tous les crimes lucratifs dont une personne peut être accusée »¹³⁵.

133. GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE, *Les quarante Recommandations du GAFI*, octobre 2003 (incluant toutes les modifications jusqu'au mois d'octobre 2004), [En ligne]. <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/7/35/44493376.pdf> (Page consultée le 5 novembre 2011) et GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE, *Les IX Recommandations spéciales*, 22 octobre 2004, [En ligne]. <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/37/59/44509087.pdf> (Page consultée le 5 novembre 2011) (ci-après « GAFI »).

134. [En ligne]. <http://www.egmontgroup.org/> (Page consultée le 5 novembre 2011).

135. Jean-Luc BACHER, « Le dispositif canadien de lutte contre le blanchiment d'argent. La rapide et délicate évolution d'un système en voie d'amélioration », dans Étienne BLAIS, Bertrand PERRIN (dir.), *La lutte contre la criminalité économique : réponses interdisciplinaires à un défi global*, Paris, Genève, Zurich, Bâle, L'Harmattan, Schulthess, 2010, p. 41.

85. L'article 305^{bis} CPS sanctionne le « blanchiment d'argent » (« *Geldwäscherei* », « *riciclaggio di denaro* »). Il est entré en vigueur le 1^{er} août 1990. Il punit les auteurs d'actes intentionnels propres à entraver la confiscation pénale d'une valeur patrimoniale provenant d'un crime¹³⁶. Il s'agit d'une infraction contre l'administration de la justice.

86. Le financement du terrorisme et le blanchiment de capitaux sont traités de manière conjointe par le GAFI, ainsi que par les législations canadienne et suisse destinées aux intermédiaires financiers. Les deux thèmes sont liés l'un à l'autre comme s'ils étaient, dans leur nature, très proches, voire identiques. C'est ainsi, comme nous l'avons vu, que le Canada est doté d'une loi sur « le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes » et que la Suisse a édicté une loi concernant « la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier »¹³⁷. Or, s'il est exact que les deux phénomènes présentent des similitudes, par exemple par le recours à des techniques de dissimulation identiques, ils devraient être traités de manière beaucoup plus différenciée. En effet, dans le financement du terrorisme, le lien entre la valeur patrimoniale et l'infraction est inversé (« *reverse money laundering* » ou « noircissement »). Ursula Cassani souligne pertinemment une difficulté spécifique posée par l'élément moral en matière de poursuite du financement du terrorisme, le problème se posant d'ailleurs dans les deux droits étudiés. Elle rappelle que :

[...] la preuve du but illicite est sans doute plus difficile à apporter que celle de la source criminelle, du fait que la destination future d'avoirs est essentiellement fondée sur l'élément subjectif du dessein du financier, alors que la provenance passée peut être établie par le « *paper trail* » et les autres éléments du cas d'espèce qui relient les avoirs à l'infraction qui a déjà eu lieu et qui peut donc avoir déclenché des recherches¹³⁸.

136. « Crime » dans le sens d'infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans.

137. *Supra*, note 105.

138. U. CASSANI, préc., note 41, 305 et 306.

87. L'obstacle existe non seulement pour les autorités de poursuite pénale, mais aussi pour les intermédiaires financiers. Pour les responsables de la conformité, il est en effet souvent plus difficile d'estimer si de l'argent propre pourrait éventuellement être ultérieurement noirci que de s'interroger sur une provenance criminelle, et ce, d'autant plus que leurs moyens d'investigation sont très limités.

88. Dans la critique du rapprochement théorique et institutionnel entre les deux infractions, Célestin Fomudjem franchit un pas supplémentaire en estimant, à juste titre selon nous, que celui-ci risque d'affaiblir la lutte contre le financement du terrorisme¹³⁹. Dans son étude consacrée au lien entre le blanchiment de capitaux et la fraude fiscale, après avoir rappelé que, contrairement au blanchiment des capitaux, les sources de financement du terrorisme ne se limitent pas aux activités criminelles, mais comprennent aussi des comportements en eux-mêmes licites comme les donations, il explique :

En assignant une nouvelle cible à l'action des institutions nationales et internationales chargées de la lutte contre le blanchiment, les États semblent étouffer le débat sur l'extension de l'incrimination du blanchiment à la fraude fiscale et courent le risque « de décrédibiliser » plus de deux décennies de sensibilisation de la lutte contre le blanchiment. L'attelage de la lutte contre le financement du terrorisme et de la lutte contre le blanchiment de capitaux a aussi pour effet de relayer l'objectif de lutte contre les organisations criminelles qui blanchissent les capitaux au second rang. Ainsi, les services nationaux qui luttent contre le blanchiment de capitaux avec des moyens déjà modestes ont vu leur charge de travail alourdie sans ajustements budgétaires conséquents¹⁴⁰.

89. Le financement du terrorisme et le blanchiment d'argent sont donc des phénomènes suffisamment distincts pour être régis séparément, ce qui n'exclut naturellement pas certaines comparaisons sur le plan analytique, qui peuvent s'avérer utiles. L'enjeu est avant tout important pour l'application des

139. Célestin FOMUDJEM, *Blanchiment de capitaux et fraude fiscale*, Paris, L'Harmattan, 2011, par. 402-409, p. 210-214.

140. *Id.*, par. 408, p. 214.

lois nationales qui imposent des obligations de diligence et de communication aux intermédiaires financiers, ainsi que pour la réflexion menée sur le plan international par des organismes tels que le GAFI.

CONCLUSION

90. La lutte contre le terrorisme est une entreprise de longue haleine, qui ne prendra jamais totalement fin, et ce, d'autant plus qu'il s'agit d'une hydre à plusieurs têtes en constante évolution. La prévention doit s'organiser à plusieurs niveaux, en particulier en ciblant les causes du phénomène. L'incrimination de son financement est l'une des solutions trouvées par les États. Sur la base des statistiques des condamnations canadiennes et suisses, un certain scepticisme pourrait s'installer. Avec une seule condamnation pour les deux pays, l'effet de prévention générale semble faible, voire nul. Les délinquants potentiels pourraient en effet estimer que le risque d'être poursuivi pénalement est insignifiant. Une telle conclusion serait toutefois trop hâtive. Les dispositions légales sont, en effet, encore relativement récentes. En outre, il s'avère toujours très difficile de jauger l'effet préventif d'une disposition pénale. Une absence de condamnation peut signifier que l'arsenal pénal est inefficace ou, au contraire, que l'effet dissuasif est très fort. Il faudrait procéder à une enquête par sondage pour déterminer combien de personnes ont renoncé à commettre l'infraction parce qu'elles craignaient la sanction et pensaient que les risques d'être appréhendées étaient trop élevés. Une telle étude serait pour le moins compliquée en matière de financement du terrorisme.

91. Il n'est pas possible d'estimer dans quelle mesure la formulation actuelle des éléments constitutifs des infractions respectives représente un obstacle à leur application. Il est par contre possible d'affirmer que, dans les deux systèmes, les éléments moraux compliquent la tâche de l'accusation. Établir l'existence du dessein ou du motif requis constitue en effet une condition particulièrement rigoureuse.

92. D'autres écueils jalonnent le processus d'établissement des preuves. Comme nous l'avons montré, le financement du terrorisme représente un noircissement de fonds (« *reverse*

money laundering ») et il est en général plus difficile de démontrer un but illicite qu'une source criminelle. Le recours à des systèmes informels de transfert de capitaux, tels que l'*Hawala*, rend la détection plus complexe. La phase opérationnelle d'un attentat nécessite la plupart du temps des montants relativement modestes, donc plus difficiles à découvrir. La coopération internationale avec certains États est très laborieuse. Enfin, certains groupes terroristes sont constitués d'une somme d'individus adhérant à une idéologie. Ces organisations sont structurées de manière assez lâche et ne correspondent pas à des entités monolithiques moins difficilement identifiables.

93. La pertinence de la structuration de l'énoncé légal est assurément une condition nécessaire à l'efficacité de l'arsenal pénal. Une issue assez prometteuse pour les autorités de poursuite serait aussi de mettre l'accent sur la saisie (art. 83.13 C.cr.; art. 263 et suiv. du *Code de procédure pénale suisse*) et la confiscation subséquente (art. 83.14 C.cr.; art. 70 et suiv. CPS). Très pragmatiquement, le but serait d'empêcher, ou au moins d'entraver le plus possible, le financement du terrorisme plutôt qu'aboutir forcément toujours à la condamnation de personnes. Quelles que soient les solutions retenues, il est du devoir de chacun d'entre nous d'apporter sa contribution à un combat commun pour le triomphe des libertés fondamentales et de l'ordre sur la violence.

Bertrand Perrin
Campus Arc 1
Institut de lutte contre la criminalité
économique
Espace de l'Europe 21
2000 Neuchâtel (Suisse)
Téléphone : +41 32 930 20 11
Télécopieur : + 41 32 930 20 21
bertrand.perrin@he-arc.ch