

Jacques Déry *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and Canadian
Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. DÉRY

Neutral citation: 2006 SCC 53.

File No.: 30948.

2006: February 16; 2006: November 23.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Criminal law — Attempted conspiracy — Whether
offence of attempted conspiracy to commit substantive
offence exists in Canadian criminal law.*

D and S were charged with conspiring to commit theft and conspiring to possess stolen liquor. The trial judge found that no agreement had been established between the two men to steal or possess liquor and acquitted them of conspiracy, but found their actions more than merely preparatory to conspiracy and convicted them of attempting to conspire. A majority of the Court of Appeal affirmed their convictions. D alone appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

D's convictions should be set aside and acquittals entered. An attempt to conspire to commit a substantive offence is not an offence under Canadian law. Criminal liability does not attach to fruitless discussions in contemplation of a substantive crime that is never committed, nor even attempted, by any of the parties to the discussions. Here, though D discussed a crime hoping eventually to commit it with S, neither D nor S committed, or agreed to commit, the crimes they had discussed. The criminal law does not punish bad thoughts of this sort that were abandoned before an agreement

Jacques Déry *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et Association
canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. DÉRY

Référence neutre : 2006 CSC 53.

N^o du greffe : 30948.

2006 : 16 février; 2006 : 23 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Tentative de complot — L'infraction
de tentative de complot en vue de commettre une infrac-
tion matérielle existe-t-elle en droit criminel canadien?*

D et S ont été accusés de complot de vol et de complot de recel d'alcool volé. Le juge du procès a conclu qu'aucune entente entre les deux hommes en vue de voler ou de receler l'alcool n'avait été établie et il les a acquittés relativement au complot, mais il a conclu que leurs actes constituaient plus que de simples actes préparatoires au complot et les a déclarés coupables de tentative de complot. La Cour d'appel à la majorité a confirmé les déclarations de culpabilité. Seul D a interjeté appel devant notre Cour.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Les déclarations de culpabilité de D sont annulées et des acquittements y sont substitués. La tentative de complot en vue de commettre une infraction matérielle n'est pas une infraction en droit canadien. Personne n'engage sa responsabilité criminelle en participant à des discussions stériles concernant un crime matériel qui n'est jamais commis et qui ne fait pas même l'objet d'une tentative. En l'espèce, bien que D ait discuté du crime en espérant éventuellement le commettre avec S, ni D ni S n'ont commis ni même convenu de commettre le crime dont ils ont parlé. Le droit criminel ne punit pas les

was reached, or an attempt made, to act upon them. [23] [37] [51-52]

Furthermore, acts that precede a conspiracy are not sufficiently proximate to a substantive offence to warrant criminal sanction. Given that conspiracy is essentially a crime of intention, it is difficult to reach further than the law of conspiracy already allows. Even if it were possible, it has never been the goal of the criminal law to catch all crime “in the egg”. In this sense, conspiracies are criminalized when hatched. And they can only be hatched by agreement. This basic element of conspiracy exposes the otherwise hidden criminal intentions of the parties to it and this demonstrates their commitment to a prohibited act. By contrast, the criminal law intervenes later in the progression from thought to deed where someone acts alone. Overt steps are then thought necessary to disclose and establish with sufficient certainty the criminal intention that is an essential element of the attempt to commit an offence. By its very nature, moreover, an agreement to commit a crime in concert with others enhances the risk of its commission. Early intervention through the criminalization of conspiracy is therefore both principled and practical. Likewise, the criminalization of attempt is warranted because its purpose is to prevent harm by punishing behaviour that demonstrates a substantial risk of harm. However, when applied to conspiracy, the justification for criminalizing attempt is lost, since an attempt to conspire amounts, at best, to a risk that a risk will materialize. [45-50]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Dungey* (1979), 51 C.C.C. (2d) 86; *R. v. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Kotyszyn* (1949), 8 C.R. 246, 95 C.C.C. 261; *R. v. Hamilton*, [2005] 2 S.C.R. 432, 2005 SCC 47; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *People v. Schwimmer*, 411 N.Y.S. 2d 922 (1978); *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666; *R. v. Lessard* (1982), 10 C.C.C. (3d) 61; *R. v. Campeau*, [1999] Q.J. No. 5436 (QL); *Parshu Ram v. R.* (1967), 13 F.L.R. 138; *Kabunga s/o Magingi v. R.* (1955), 22 E.A.C.A. 387; *Harris v. R.* (1927), 48 N.L.R. 330; *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. v. Chan* (2003), 178 C.C.C. (3d) 269.

Statutes and Regulations Cited

Crimes Act 1958 (Vict.), s. 321F(3) [ad. by *Crimes (Conspiracy and Incitement) Act 1984* (Vict.), s. 7(2)].

mauvaises pensées de cette sorte qui sont abandonnées avant que les parties ne concluent d'entente ou ne tentent de passer à l'acte. [23] [37] [51-52]

En outre, les actes qui précèdent un complot ne sont pas suffisamment rapprochés de l'infraction matérielle pour justifier une sanction criminelle. Étant donné que le complot est essentiellement un crime d'intention, il est difficile d'aller plus loin que ce que le droit permet déjà relativement au complot. Et même si cela était possible, le droit criminel n'a jamais eu pour objectif de réprimer « dans l'œuf » tout projet de crime. En ce sens, le complot devient criminel lorsqu'il éclot. Et seule une entente peut le faire éclore. Cet élément fondamental du complot expose les intentions criminelles, par ailleurs dissimulées, des participants au complot et démontre leur volonté d'accomplir un acte interdit. Lorsqu'une personne agit seule par contre, le droit criminel intervient plus tard dans le continuum entre la pensée et l'acte. On estime alors que des démarches manifestes sont nécessaires pour mettre en évidence et établir avec assez de certitude l'intention criminelle formant l'élément essentiel de la tentative de commettre une infraction. En outre, par sa nature même, l'entente entre plusieurs personnes concernant la perpétration de concert d'un crime accroît le risque qu'il soit commis. L'intervention précoce que permet la criminalisation du complot trouve ainsi sa justification tant sur le plan des principes que sur le plan pratique. La criminalisation de la tentative se justifie, de la même façon, parce qu'elle a pour but de prévenir les actes préjudiciables en sanctionnant un comportement qui manifeste un risque substantiel de préjudice. Toutefois, lorsqu'on l'applique au complot, cette justification de la criminalisation de la tentative disparaît car une tentative de complot constitue, au mieux, un risque qu'un risque se matérialise. [45-50]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Dungey* (1979), 51 C.C.C. (2d) 86; *R. c. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257; *R. c. Kotyszyn* (1949), 8 C.R. 246; *R. c. Hamilton*, [2005] 2 R.C.S. 432, 2005 CSC 47; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *People c. Schwimmer*, 411 N.Y.S. 2d 922 (1978); *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666; *R. c. Lessard* (1982), 10 C.C.C. (3d) 61; *R. c. Campeau*, [1999] J.Q. n° 5436 (QL); *Parshu Ram c. R.* (1967), 13 F.L.R. 138; *Kabunga s/o Magingi c. R.* (1955), 22 E.A.C.A. 387; *Harris c. R.* (1927), 48 N.L.R. 330; *R. c. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. c. Chan* (2003), 178 C.C.C. (3d) 269.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 9a), 22(3), 24, 463d), 464, 465(1)c).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 9(a), 22(3), 24, 463(d), 464, 465(1)(c).
Criminal Code 2002 (A.C.T.), s. 44(10).
Criminal Code Act 1995 (Cth.), s. 11.1(7).
Criminal Law Act 1977 (U.K.), 1977, c. 45 [am. by *Criminal Attempts Act 1981* (U.K.), 1981, c. 47].

Authors Cited

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)*, Part I, vol. 2. Philadelphia: The Institute, 1985.
 Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 1998.
 Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
 Zimmerman, Nick. "Attempted Stalking: An Attempt-to-Almost-Attempt-to-Act" (2000), 20 *N. Ill. U. L. Rev.* 219.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Mailhot, Forget and Morin J.J.A.), [2005] R.J.Q. 1417, 197 C.C.C. (3d) 534, 31 C.R. (6th) 322, [2005] Q.J. No. 5350 (QL), 2005 QCCA 483, affirming the accused's convictions (2002), 7 C.R. (6th) 325, [2002] Q.J. No. 3549 (QL). Appeal allowed.

Philippe Larochelle, for the appellant.

Nicolas Poulin, for the respondent.

François Lacasse, for the intervener the Attorney General of Canada.

Christopher A. Wayland and *Kristian Brabander*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

Jacques Déry stands convicted of attempting to conspire to commit theft, and of attempting to conspire to unlawfully possess the proceeds.

Crimes Act 1958 (Vict.), art. 321F(3) [aj. par *Crimes (Conspiracy and Incitement) Act 1984* (Vict.), art. 7(2)].
Criminal Code 2002 (A.C.T.), art. 44(10).
Criminal Code Act 1995 (Cth.), art. 11.1(7).
Criminal Law Act 1977 (R.-U.), 1977, ch. 45 [mod. par *Criminal Attempts Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 47].

Doctrine citée

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)*, Part I, vol. 2. Philadelphia : The Institute, 1985.
 Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd. Cowansville, Québec : Yvon Blais, 1998.
 Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
 Zimmerman, Nick. « Attempted Stalking : An Attempt-to-Almost-Attempt-to-Act » (2000), 20 *N. Ill. U. L. Rev.* 219.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Mailhot, Forget et Morin), [2005] R.J.Q. 1417, 197 C.C.C. (3d) 534, 31 C.R. (6th) 322, [2005] J.Q. n° 5350 (QL), 2005 QCCA 483, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé (2002), 7 C.R. (6th) 325, [2002] J.Q. n° 3549 (QL). Pourvoi accueilli.

Philippe Larochelle, pour l'appelant.

Nicolas Poulin, pour l'intimée.

François Lacasse, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Christopher A. Wayland et *Kristian Brabander*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

Jacques Déry a été déclaré coupable de tentative de complot de vol et de tentative de complot de recel des fruits du vol.

2 Never before has anyone been convicted in Canada of an attempt to conspire to commit a substantive offence of any sort. That should come as no surprise: Attempting to conspire to commit a substantive offence has never previously been recognized as a crime under Canadian law.

3 I would decline to do so now.

4 Accordingly, I would allow the appeal, set aside Mr. Déry's convictions and order that acquittals be entered instead.

II

5 December brings with it, in Canada and elsewhere, a holiday season widely and joyously celebrated by "raising a glass". Liquor merchants must frequently replenish their shelves to keep the glasses filled. In the Quebec City region, the Société des alcools du Québec ("SAQ") is forced by the increased demand to stock more of its products than its secure warehouses can contain. The inevitable overflow is stored temporarily in trailers parked outdoors at an SAQ compound.

6 An unrelated investigation resulted in the interception of discussions between Mr. Déry, Daniel Savard and others, concerning the possibility of stealing this liquor stored outdoors. On the strength of the intercepted conversations, Messrs. Déry and Savard were both charged with conspiracy to commit theft and conspiracy to possess stolen goods.

7 There was no evidence that either accused had taken any steps to carry out the proposed theft, and the trial judge was not persuaded that they had at any point agreed to steal or possess the liquor that was the object of their covetous musings: (2002), 7 C.R. (6th) 325. In the absence of a proven agreement, the judge quite properly felt bound to acquit the accused of the conspiracies charged. On each count, however, he convicted both co-accused of *attempting* to conspire, which he believed to be an included offence.

Personne n'avait encore été déclaré coupable au Canada de tentative de complot en vue de la perpétration de quelque infraction matérielle que ce soit. Cela n'a rien de surprenant : jusqu'à présent, la tentative de complot en vue de commettre une infraction matérielle n'a jamais été reconnue comme un crime en droit canadien.

Je refuse de reconnaître ce crime maintenant.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité de M. Déry et d'y substituer des acquittements.

II

Au Canada et ailleurs, le mois de décembre amène son cortège de fêtes joyeusement célébrées, presque partout, en « levant un verre ». Pour que les verres se remplissent, les marchands d'alcool doivent constamment regarnir leurs tablettes. Dans la région de Québec, cette hausse de la demande oblige la Société des alcools du Québec (« SAQ ») à avoir en stock plus que ce qu'elle peut emmagasiner en lieu sûr dans ses entrepôts. Elle garde donc temporairement l'inévitable surcroît de produits dans des remorques garées à l'extérieur dans un enclos de la SAQ.

Une enquête sans lien avec la présente affaire a permis l'interception de conversations entre M. Déry, Daniel Savard et d'autres personnes au sujet de la possibilité de voler l'alcool entreposé à l'extérieur. Sur le fondement des communications interceptées, MM. Déry et Savard ont tous deux été accusés de complot de vol et de complot de recel.

Aucun élément de preuve n'établissait que l'un ou l'autre accusé avait pris quelque disposition pour perpétrer le vol envisagé, et le juge du procès n'a pas été convaincu qu'ils avaient jamais convenu de voler ou receler l'alcool faisant l'objet de leur convoitise : (2002), 7 C.R. (6th) 325. Comme il n'y avait pas de preuve d'entente, le juge a estimé, à bon droit, qu'il devait acquitter les inculpés des accusations de complot portées contre eux. Il les a toutefois déclarés coupables, pour chaque chef d'accusation, de l'infraction de *tentative* de complot, qui était, selon lui, une infraction incluse.

A majority of the Court of Appeal of Quebec affirmed their convictions at trial: [2005] Q.J. No. 5350 (QL), 2005 QCCA 483; [2005] Q.J. No. 5351 (QL), 2005 QCCA 484. Forget J.A., dissenting, would have allowed their appeals on the ground that attempted conspiracy is an offence unknown to Canadian law.

This further appeal, by Mr. Déry alone, comes to this Court as of right. The decisive issue is whether there is any legal basis for concluding that attempt to conspire to commit an indictable offence is a crime in Canada. In the absence of a statutory basis for concluding that the crime exists, there is of course no need to find authority that it does not: s. 9(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, makes clear that no one in Canada may be convicted of “an offence at common law”. To affirm Mr. Déry’s convictions, we must therefore find that attempt to conspire has until now lain dormant within the statutory confines of the *Criminal Code*, ready to be roused by a proper sounding of its governing provisions.

Like Forget J.A., I would let sleeping laws lie.

III

The alleged crime of attempting to conspire has received sparse judicial consideration in Canada.

R. v. Dungey (1979), 51 C.C.C. (2d) 86 (Ont. C.A.), is the most relevant reported decision. Dungey, a lawyer, instructed one of his clients to seek a backdated legal-aid certificate covering services for which he had already been paid in full. Dungey’s scheme failed. His client did apply for and obtain legal aid, but the certificate granted was for future services only.

Dungey was charged with conspiracy to defraud. No charges were laid against the client. The trial judge was not persuaded that the client had agreed to the scheme. He therefore acquitted Dungey, since there could be no conspiracy without an unlawful agreement.

La Cour d’appel du Québec a confirmé les déclarations de culpabilité à la majorité : [2005] R.J.Q. 1417, 2005 QCCA 483; [2005] J.Q. n° 5351 (QL), 2005 QCCA 484. Le juge Forget, dissident, aurait accueilli leurs appels parce que le crime de tentative de complot n’existe pas en droit canadien.

Le présent appel à notre Cour, interjeté par M. Déry seulement, est formé de plein droit. La question décisive est de savoir si la loi permet de conclure que la tentative de complot en vue de commettre un acte criminel constitue un crime au Canada. Si aucun texte législatif ne permet de conclure que le crime existe, point n’est besoin de chercher une réponse ailleurs : l’al. 9a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, énonce clairement que nul ne peut être déclaré coupable, au Canada, d’une « infraction en *common law* ». Pour confirmer les déclarations de culpabilité de M. Déry, il faut par conséquent conclure que la tentative de complot était jusqu’à maintenant latente dans un recoin du *Code criminel*, prête à s’appliquer dès que l’on invoque les dispositions qui la régissent.

À l’instar du juge Forget, je ne réveillerais pas la loi qui dort.

III

La jurisprudence canadienne a rarement abordé la question du supposé crime de tentative de complot.

L’arrêt *R. c. Dungey* (1979), 51 C.C.C. (2d) 86 (C.A. Ont.), est la décision publiée la plus pertinente. L’avocat Dungey avait dit à son client de demander un certificat d’aide juridique antidaté couvrant des services qui lui avaient déjà été entièrement payés. Sa manœuvre a échoué. Le client a bien demandé et obtenu l’aide juridique, mais le certificat ne visait que des services futurs.

Dungey a été accusé de complot de fraude. Aucune accusation n’a été portée contre le client. Le juge du procès n’était pas convaincu que le client avait consenti à la manœuvre. Il a donc acquitté Dungey puisqu’il ne pouvait y avoir de complot sans entente illégale.

8

9

10

11

12

13

14 The Crown appealed but did not challenge Dungey's acquittal on the conspiracy charge, seeking instead a conviction for *attempted* conspiracy. In the Crown's view, though no agreement had been established, Dungey had attempted to conspire to defraud the Law Society of Upper Canada by soliciting his client's participation in the fraud.

15 The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. Writing for a unanimous court, Dubin J.A. (later C.J.O.) traced the history and considered the purpose of the offence of conspiracy. He then stated:

If the offence of conspiracy is an auxiliary to the law which creates the crime agreed to be committed, and if the object of making such agreements punishable is to prevent the commission of the substantive offence before it has even reached the stage of an attempt, there appears to be little justification in attaching penal sanction to an act which falls short of a conspiracy to commit the substantive offence.

In the instant case the substantive offence was fraud. To hold that there is an offence of attempting to conspire to defraud is tantamount to convicting a person of an attempt to attempt to defraud. [p. 95]

16 Dubin J.A. concluded that "there is no such offence as attempt to conspire to commit a further substantive offence" (p. 98), "leav[ing] for further consideration whether there could be an attempt to conspire where the conspiracy is the substantive offence, and the question of remoteness would not arise, as distinguished from a case such as this where the offence alleged was a conspiracy to commit a further substantive offence" (p. 99).

17 This case, like *Dungey*, concerns an attempt to conspire to commit a substantive offence. The trial judge nonetheless found that *Dungey* turned on its own particular facts and had no application here. In his view:

[TRANSLATION] It is true that an attentive reading of [*Dungey*] may lead to the conclusion — a conclusion that some in Canada have perhaps too quickly arrived at

Dans son appel, le ministère public n'a pas contesté l'acquittement de Dungey relativement à l'accusation de complot, cherchant plutôt à le faire déclarer coupable de *tentative* de complot. Selon le ministère public, bien qu'aucune entente n'eût été prouvée, Dungey avait tenté de comploter pour frauder le Barreau du Haut-Canada en demandant à son client de participer à la fraude.

La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public. Rendant le jugement unanime de la cour, le juge Dubin (plus tard Juge en chef de l'Ontario) a dressé l'historique de l'infraction de complot et en a examiné l'objet avant d'indiquer ce qui suit :

[TRADUCTION] Si l'infraction de complot est un accessoire de la disposition qui crée le crime sur lequel porte l'entente, et si la criminalisation de pareilles ententes a pour objet de prévenir la perpétration de l'infraction matérielle avant même qu'elle ne parvienne au stade de la tentative, il semble peu justifiable que l'on applique une sanction pénale à un acte qui ne constitue pas un complot de commettre l'infraction matérielle.

En l'espèce, l'infraction matérielle est la fraude. Conclure à l'existence d'une infraction de tentative de complot de fraude revient à condamner une personne pour avoir tenté une tentative de fraude. [p. 95]

Le juge Dubin a conclu que [TRADUCTION] « l'infraction de tentative de complot en vue de commettre une autre infraction matérielle n'existe pas » (p. 98), et a indiqué que [TRADUCTION] « la question de savoir s'il pourrait y avoir tentative de complot lorsque le complot est l'infraction matérielle, et que la question de l'éloignement ne se poserait pas, par opposition à une situation comme celle-ci où l'infraction alléguée est un complot en vue de commettre une autre infraction matérielle, pourra être examinée à une autre occasion » (p. 99).

Comme l'affaire *Dungey*, la présente espèce porte sur une tentative de comploter en vue de commettre une infraction matérielle. Le juge de première instance a néanmoins estimé que l'arrêt *Dungey* était tributaire des faits particuliers de cette affaire et ne s'appliquait pas en l'espèce. Selon lui :

Il est vrai qu'une lecture attentive de [*Dungey*] permet de conclure, que certains ont peut-être conclu un peu rapidement au Canada, relativement à l'inexistence de

— that this offence does not exist. However, the Court of Appeal did not itself rule on its existence, having determined that the facts did not lend themselves to such a judgment. [para. 38]

The majority of the Quebec Court of Appeal quoted this passage with approval ([2005] Q.J. No. 5350 (QL), at para. 32) and found that Dubin J.A., in the passage I have quoted at para. 17, left open the decisive question in this case: Is an attempt to conspire to commit a substantive offence — here, theft and culpable possession — a crime in Canada?

On the contrary and with respect, this is *the very question* answered by the Court of Appeal in *Dungey*. It answered that question in the negative, as would I, and it did so in the clearest of terms, which I again reproduce: “[T]here is no such offence as attempt to conspire to commit a further substantive offence” (p. 98).

The question left open by *Dungey* relates instead to offences such as conspiracy in restraint of trade and conspiracy to commit treason or seditious conspiracy, *where conspiracy is the substantive offence*: see *Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 345; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 705, fn. 424. And that question, unlike the one that concerns us here, remains open to this day.

In support of its conclusion, the majority of the Court of Appeal referred as well to *R. v. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.). The conviction in *May* was for conspiracy to obstruct justice. Obstruction of justice, a distinct offence under the *Criminal Code*, is framed in the language of attempt: “[e]very one who wilfully attempts in any manner to obstruct, pervert or defeat the course of justice” (s. 139(1) (formerly s. 127(1))). It was argued on that basis that the charge of conspiracy to obstruct justice impermissibly combined two forms of inchoate liability. This was said to violate the policy considerations underlying *Dungey*.

cette infraction, mais la Cour d’appel ne fait pas l’exercice non plus de conclure à son existence estimant que les faits ne s’y prêtaient pas. [par. 38]

Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont cité ce passage en l’approuvant ([2005] R.J.Q. 1417, par. 32) et ont conclu que le juge Dubin, dans l’extrait précité au par. 17, avait laissé en suspens la question décisive en l’espèce : la tentative de complot en vue de commettre une infraction matérielle — en l’espèce, le vol et le recel — est-elle un crime au Canada?

Au contraire et avec égards, c’est *cette question même* qui a été tranchée dans *Dungey*. La Cour d’appel y a répondu par la négative, tout comme je le ferais, en des termes les plus clairs, que je répète ici : [TRADUCTION] « l’infraction de tentative de complot en vue de commettre une autre infraction matérielle n’existe pas » (p. 98).

La question que *Dungey* a laissée en suspens se rapporte plutôt à des infractions comme le complot en vue de restreindre la liberté de commerce et le complot de trahison ou de conspiration séditeuse, *où le complot constitue l’infraction matérielle* : voir *Mewett & Manning on Criminal Law* (3^e éd. 1994), p. 345; D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4^e éd. 2001), p. 705, note 424. Et cette question, contrairement à celle qui nous occupe aujourd’hui, est encore sans réponse.

Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont également appuyé leur conclusion sur l’arrêt *R. c. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, May avait été déclaré coupable de complot d’entrave à la justice. L’entrave à la justice, une infraction distincte prévue au *Code criminel*, est définie en termes de tentative : « [q]uiconque volontairement tente de quelque manière d’entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice » (par. 139(1) (auparavant par. 127(1))). Sur cette base, on a fait valoir que l’accusation de complot en vue d’entraver la justice opérait le cumul interdit de deux formes de responsabilité secondaire. On a prétendu que ceci allait à l’encontre des considérations de politique générale sur lesquelles reposait l’arrêt *Dungey*.

18

19

20

21

22 In brief reasons delivered orally, Martin J.A. found it unnecessary to consider in detail the reasons set out in *Dungey*. Speaking for a unanimous court, he considered it sufficient to say that obstruction of justice was a substantive offence and that the accused's submission failed for that reason alone.

23 Nothing in *May* supports the view that it is a crime in Canada to attempt to conspire to commit a substantive offence. On the contrary, Martin J.A. specifically noted that the court in *Dungey* "held that the offence of *attempting to conspire* to commit a substantive offence is not an offence under Canadian law" (p. 260 (emphasis in original)). And, in characterizing obstruction of justice as a substantive offence, he simply applied the legal principles set out in *Dungey* to the facts in *May*. Despite the inchoate elements of its statutory definition, obstruction of justice was held to fall within the exception posited by Dubin J.A. in *Dungey*.

24 I turn now to a third relevant Canadian decision.

25 In *R. v. Kotyszyn* (1949), 8 C.R. 246, 95 C.C.C. 261 (Que. C.A.), the accused was a suspected professional abortionist ("*avorteuse professionnelle*"). She was approached by an undercover police officer who claimed to be pregnant and in need of an abortion. The accused agreed to perform the abortion for \$100, which was paid by the "boyfriend" — a sergeant-detective. The accused and her "pregnant" client then entered a bedroom. With her implements visibly laid out, the accused declared that she was ready to proceed. The officer thereupon revealed her true identity, arrested the accused and charged her with: (1) conspiracy to commit an abortion; and (2) attempted conspiracy to commit that same indictable offence.

26 At the close of the Crown's case, acquittals were entered on both charges. Agreement — an essential ingredient of conspiracy — was not made out, since the apparent co-conspirator, an undercover police officer, only wished to set a trap and not to have an

Dans ses brefs motifs prononcés oralement, le juge Martin a estimé inutile d'examiner en détail l'arrêt *Dungey*. Exprimant l'opinion unanime de la cour, il a indiqué qu'il suffisait de dire que l'entrave à la justice constitue une infraction matérielle et que l'argument de l'accusé échouait pour cette seule raison.

Rien dans l'arrêt *May* ne permet d'affirmer que le crime de tentative de complot en vue de commettre une infraction matérielle existe au Canada. Au contraire, le juge Martin a expressément indiqué que l'arrêt *Dungey* [TRADUCTION] « a établi que *la tentative de complot* en vue de commettre une infraction matérielle n'est pas une infraction en droit canadien » (p. 260 (en italique dans l'original)). Et, en qualifiant d'infraction matérielle l'entrave à la justice, il a simplement appliqué aux faits de l'affaire *May* les principes juridiques formulés dans *Dungey*. Il a conclu que l'entrave à la justice constitue, malgré les éléments inchoatifs de la définition qu'en donne la loi, l'exception envisagée par le juge Dubin dans *Dungey*.

Examinons une troisième décision canadienne pertinente.

Dans *R. c. Kotyszyn* (1949), 8 C.R. 246 (C.A. Qué.), la police soupçonnait l'accusée d'être une « avorteuse professionnelle ». Une agente double qui prétendait être enceinte et avoir besoin d'un avortement s'est présentée chez elle. L'accusée a accepté de pratiquer l'avortement pour une somme de 100 \$, que l'« ami » de l'agente, un sergent-détective, lui a payée. L'accusée a ensuite fait entrer sa cliente « enceinte » dans une chambre où ses instruments étaient bien en évidence et a déclaré qu'elle était prête à procéder. L'agente a alors révélé sa véritable identité, a arrêté l'accusée et l'a inculpée (1) de complot en vue de commettre un avortement et (2) de tentative de complot en vue de commettre le même acte criminel.

À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, l'accusée a été acquittée relativement aux deux chefs d'accusation. Un élément essentiel du complot — l'entente — n'avait pas été prouvé puisque le coconspirateur, une agente double, ne

abortion. Conceding that no conviction could therefore lie on the first charge, the Crown appealed only the acquittal on the charge of *attempted* conspiracy. Though for somewhat different reasons, all five members of the court agreed that the appeal should be dismissed.

Mackinnon J. (*ad hoc*), with whom Galipeault and Barclay J.J.A. concurred, held that the charge did not properly attach to the facts of the case. The accused had gone much further than a mere *attempt* to agree and, if anything, the charge ought to have been for conspiracy. On that charge, however, she had already been finally acquitted. In this light, the Crown's appeal on the count for attempt was seen as an improper endeavour to circumvent the accused's acquittal on the substantive charge.

Of the five members of the court, only Gagné J.A. discussed attempted conspiracy. He held that attempting to conspire was a crime:

[TRANSLATION] Certainly, there may be an attempt to conspire. A presents herself at the home of B and suggests to her an agreement to commit an offence. B refuses. There is no conspiracy, but an attempt on the part of A, an attempt which did not succeed. If she succeeded, that is to say, if there had been acquiescence, the offence of attempt disappeared; it is that of conspiracy that is committed. [p. 265 C.C.C.]

Gagné J.A. found, however, that this construct could not be applied to the case before him, since the accused had not proposed the agreement, but merely acquiesced in the officer's proposition: [TRANSLATION] "It is not she who suggested the agreement, it is the other person. She acquiesced." (p. 265 C.C.C.)

By emphasizing offer rather than acquiescence as the touchstone for responsibility, Gagné J.A. focussed on enticing another into crime — the evil meant to be caught by counselling. Under our law, it will be remembered, "counsel" includes "procure", "solicit" or "incite": see s. 22(3) of

voulait que tendre un piège et non se faire avorter. Le ministère public, admettant qu'il ne pouvait obtenir une déclaration de culpabilité à l'égard du premier chef, n'a interjeté appel qu'à l'égard de l'acquiescement visant l'accusation de *tentative* de complot. Les cinq juges de la cour ont conclu au rejet de l'appel, quoique pour des motifs quelque peu différents.

Le juge Mackinnon (*ad hoc*), aux motifs duquel les juges Galipeault et Barclay ont souscrit, a affirmé que l'accusation ne correspondait pas aux faits en cause. L'accusée avait fait beaucoup plus que simplement *tenter* de conclure une entente, et elle aurait dû être accusée de complot. Comme il y avait eu acquiescement à l'égard de ce chef, les juges ont considéré que, par son appel, le ministère public essayait à tort de contourner l'acquiescement.

Des cinq juges formant la cour, seul le juge Gagné a examiné la question de la tentative de complot. Il a conclu en ces termes que la tentative de complot était un crime :

Certes, il peut y avoir tentative de conspiration. A se présente chez B et lui propose une entente pour commettre une offense. B refuse; il n'y a pas de conspiration, mais une tentative de la part de A, tentative qui n'a pas réussi. Si elle a réussi, c'est-à-dire s'il y a eu acquiescement, l'offense de tentative disparaît; c'est celle de conspiration qui est commise. [p. 252]

Il a cependant estimé que ce raisonnement ne pouvait s'appliquer puisque l'accusée n'avait pas proposé l'entente, elle avait simplement acquiescé : « [c]e n'est pas elle qui a proposé l'entente, c'est l'autre. Elle a acquiescé. » (p. 252)

En faisant de l'offre plutôt que de l'acquiescement l'élément essentiel de la responsabilité criminelle, le juge Gagné a mis l'accent sur l'incitation d'une autre personne à participer au crime — le mal que l'infraction de conseiller un crime cherche à réprimer. Dans notre droit, on le sait,

27

28

29

the *Criminal Code*. By treating counselling and attempt as legal equivalents, Gagné J.A. mistook counselling for attempted conspiracy.

30 To conflate counselling and attempt to conspire is to rely on semantics where principle fails. While it may well be true that to counsel another to conspire is, in the ordinary sense of the word, to “attempt” (or *try*) to form a conspiracy, not all efforts to conspire amount, in law, to counselling. Yet we are urged by the Crown in this case to recognize attempted conspiracy as an offence different from, and wider than, the established offence of counselling.

31 In *R. v. Hamilton*, [2005] 2 S.C.R. 432, 2005 SCC 47, this Court held that “the *actus reus* for counselling is the *deliberate encouragement or active inducement of the commission of a criminal offence*” (para. 29 (emphasis in original)): see also *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 57, *per* McLachlin C.J. This relatively high threshold for the *actus reus* of incitement is an essential safeguard. As Charron J. (dissenting, but not on this point) observed at para. 72, “[i]t is th[e] concern of potential overbreadth that informed this Court’s adoption in *Sharpe* of a more restricted meaning of counselling.” Charron J. noted as well that counselling an offence not committed is rarely prosecuted (para. 48).

32 Here, the Crown proposes an *actus reus* for attempted conspiracy that, if not open-ended, is much broader than the *actus reus* of counselling. Even a tentative and vain effort to reach an unlawful agreement would suffice (respondent’s *factum*, at para. 40). The safeguard that governs counselling would thus be removed for attempted

« conseiller » comprend « amener » et « inciter » : voir le par. 22(3) du *Code criminel*. En considérant le conseil et la tentative comme des équivalents en droit, le juge Gagné a confondu l’infraction consistant à conseiller un crime et la tentative de complot.

Confondre le conseil et la tentative de complot procède d’un recours à la sémantique là où les principes ne suffisent pas. Si l’on peut affirmer que celui qui conseille à un tiers de comploter, suivant le sens ordinaire de ce terme, « tente » (ou *essaie*) de former un complot, il reste que les efforts en vue de comploter ne constituent pas tous, en droit, le fait de conseiller la perpétration d’une infraction. Le ministère public nous invite néanmoins, en l’espèce, à reconnaître que la tentative de complot est une infraction différente de l’infraction reconnue consistant à conseiller une infraction, et qu’elle est plus large.

Dans *R. c. Hamilton*, [2005] 2 R.C.S. 432, 2005 CSC 47, la Cour a statué que « l’*actus reus* de l’infraction consistant à conseiller un crime réside dans le fait d’encourager délibérément ou d’inciter activement la perpétration d’une infraction criminelle » (par. 29 (en italique dans l’original)) : voir aussi *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 57, la juge en chef McLachlin. Cet *actus reus* relativement exigeant concernant l’incitation constitue une garantie essentielle. Comme la juge Charron (dissidente, mais non sur ce point) l’a fait remarquer au par. 72, « [c]’est [la] crainte d’une éventuelle portée excessive qui a contribué à l’adoption, par la Cour, d’un sens plus restreint de “conseiller” dans l’arrêt *Sharpe*. » La juge Charron a signalé également qu’il est rare qu’une personne soit accusée d’avoir conseillé la perpétration d’une infraction qui n’a pas été commise (par. 48).

En l’espèce, le ministère public propose pour la tentative de complot un *actus reus* qui, sans être illimité, n’en est pas moins beaucoup plus large que celui de conseiller un crime. Même les efforts préliminaires ou vains pour parvenir à une entente illicite suffiraient (mémoire de l’intimée, par. 40). Ainsi, la garantie applicable relativement

conspiracy. Even if we were to criminalize an attempt to conspire as a form of counselling, I fear that the Crown attempts in this case to squeeze from it more than it yields.

I also note that the court in *Kotyszyn* declined to recognize attempt to conspire as a way of addressing what are sometimes called “unilateral conspiracies”. The justification for criminalizing such acts would be that, from the perspective of a compliant accused, the degree of moral turpitude is no different when an accepted invitation to crime is genuine than when it is made by an *agent provocateur* or double agent. There is at least a baseline of moral blameworthiness in such cases because the accused has agreed to join an ostensibly criminal enterprise. Arguably, the offender should thus be punished equally in both cases.

In the United States, a free-standing doctrine of unilateral conspiracy has bridged what was seen in that country as a gap in the law of conspiracy. Would-be conspirators are guilty of unilateral conspiracy where there is no true conspiracy because the agreement of their interlocutors is feigned: see American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)* (1985), Part I, vol. 2, § 5.04(1)(b). As one American court noted, the unilateral conspiracy approach rendered attempt to conspire superfluous: *People v. Schwimmer*, 411 N.Y.S. 2d 922 (App. Div. 1978), at pp. 925-28.

A consistent line of case law in this country precludes us from adopting the American approach. Most notably, the recent decision of this Court in *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, takes a strictly bilateral view of conspiracy. See also *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666, at p. 670, quoted with approval and reaffirmed in *Dynar*, at para. 88; *R. v. Lessard* (1982), 10 C.C.C. (3d) 61 (Que. C.A.); *R. v. Campeau*, [1999] Q.J. No. 5436 (QL) (C.A.). It is thus well established in Canada that there must be actual agreement for a conspiracy to be formed. And actual agreement requires

à l’infraction de conseiller un crime disparaîtrait en matière de tentative de complot. Même si nous devons criminaliser une tentative de complot en tant que forme d’incitation au crime, je crains que le ministère public tente en l’espèce de porter ce raisonnement plus loin qu’il ne peut aller.

Je relève en outre que la cour, dans *Kotyszyn*, a refusé de reconnaître la tentative de complot comme moyen de réprimer ce qu’on a parfois appelé le « complot unilatéral ». On invoque au soutien de la criminalisation de tels actes que le degré de turpitude de l’accusé qui a acquiescé n’est pas différent selon que l’invitation à commettre le crime est réelle ou qu’elle émane d’un agent provocateur ou d’un agent double. En consentant à participer à une entreprise manifestement criminelle, l’accusé s’expose à tout le moins à un certain blâme moral. On peut donc soutenir que dans l’un et l’autre cas, le contrevenant mérite punition.

Aux États-Unis, on a eu recours à une théorie autonome du complot unilatéral pour combler ce qui était perçu comme une lacune dans le droit applicable en matière de complot. Les conspirateurs en puissance sont coupables de complot unilatéral lorsqu’il n’existe pas de véritable complot parce que l’accord de leurs interlocuteurs est feint : voir American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)* (1985), partie I, vol. 2, § 5.04(1)(b). Comme l’a fait remarquer un tribunal américain, la théorie du complot unilatéral rend superflue la tentative de complot : *People c. Schwimmer*, 411 N.Y.S. 2d 922 (App. Div. 1978), p. 925-928.

La jurisprudence constante établie au Canada nous empêche d’importer cette démarche américaine. Plus particulièrement, la décision récente de notre Cour dans *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, adhère à une conception strictement bilatérale du complot. Voir également l’arrêt *R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666, p. 670, cité avec approbation et confirmé dans *Dynar* (par. 88); *R. c. Lessard* (1982), 10 C.C.C. (3d) 61 (C.A. Qué.); *R. c. Campeau*, [1999] J.Q. n° 5436 (QL) (C.A.). Il est donc bien établi au Canada qu’il faut une entente véritable pour qu’il y ait complot. Et

33

34

35

genuine intention. The unilateral conspiracy doctrine, however well established in the American legal environment, is thus not viable here.

36

Recognition of attempted conspiracy as a crime might well capture cases of feigned agreement, but this sort of change in the law is best left to Parliament. Moreover, the evil targeted by criminalizing unilateral conspiracies will in any event normally be caught under our law by the offence of “counselling an offence not committed”. That offence, to which I referred earlier, is set out in s. 464 of the *Criminal Code*:

464. Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of persons who counsel other persons to commit offences, namely,

(a) every one who counsels another person to commit an indictable offence is, if the offence is not committed, guilty of an indictable offence and liable to the same punishment to which a person who attempts to commit that offence is liable; and

(b) every one who counsels another person to commit an offence punishable on summary conviction is, if the offence is not committed, guilty of an offence punishable on summary conviction.

37

It seems to me as well that this would be an inappropriate occasion for this Court to recognize attempt to conspire as a crime for unilateral conspiracies, even if it were within our power and we were inclined on principle to do so. This is not a case with only one willing party. Nor was there *any* agreement, bogus *or* bona fide, for Mr. Déry to join. The appeal turns entirely on whether criminal liability attaches to fruitless discussions in contemplation of a substantive crime that is never committed, nor even attempted, by any of the parties to the discussions. I am satisfied that it does not.

38

This conclusion is consistent with the state of the law in other jurisdictions that share with us

l’entente véritable exige une intention réelle. La théorie du complot unilatéral, si bien implantée qu’elle soit aux États-Unis, ne saurait donc survivre ici.

La criminalisation de la tentative de complot pourrait bien permettre de sanctionner les ententes feintes, mais c’est au législateur qu’il appartient d’introduire dans le droit un changement de cette sorte. En outre, le mal qu’on cherche à réprimer en criminalisant les complots unilatéraux est, de toute manière, habituellement visé par l’infraction consistant à « conseiller une infraction qui n’est pas commise ». Cette infraction, dont j’ai déjà fait état, est prévue à l’art. 464 du *Code criminel* :

464. Sauf disposition expressément contraire de la loi, les dispositions suivantes s’appliquent à l’égard des personnes qui conseillent à d’autres personnes de commettre des infractions :

a) quiconque conseille à une autre personne de commettre un acte criminel est, si l’infraction n’est pas commise, coupable d’un acte criminel et passible de la même peine que celui qui tente de commettre cette infraction;

b) quiconque conseille à une autre personne de commettre une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire est, si l’infraction n’est pas commise, coupable d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Il me semble également que, même si la Cour était habilitée et disposée en principe à reconnaître la tentative de complot en tant que crime dans les cas de complot unilatéral, la présente espèce ne s’y prête pas. Il ne s’agit pas d’une affaire où une seule personne a acquiescé. Il n’y a eu non plus *aucune* entente, fausse *ou* véritable, à laquelle M. Déry aurait pu acquiescer. Le présent pourvoi porte uniquement sur la question de savoir si des personnes engagent leur responsabilité criminelle en participant à des discussions stériles concernant un crime matériel qui n’a jamais été commis et n’a pas même fait l’objet d’une tentative. Je suis convaincu que ce n’est pas le cas.

Cette conclusion est conforme au droit appliqué dans d’autres pays puisant au même patrimoine

a common legal heritage — and little contemporary support for characterizing attempt to conspire as a crime. In England, the crime of attempt to conspire was abolished by the *Criminal Law Act 1977* (U.K.), 1977, c. 45, modified by the *Criminal Attempts Act 1981* (U.K.), 1981, c. 47. Most courts in the United States that have considered the existence of the alleged crime of attempt to conspire have rejected it. See N. Zimmerman, “Attempted Stalking: An Attempt-to-Almost-Attempt-to-Act” (2000), 20 *N. Ill. U. L. Rev.* 219, at p. 222. There does not appear to be a record of any convictions of attempt to conspire in either Australia or New Zealand, and the crime was specifically abolished in Australia and in several of its states: see *Criminal Code Act 1995* (Cth.), s. 11.1(7); *Criminal Code 2002* (A.C.T.), s. 44(10); and the *Crimes Act 1958* (Vict.), s. 321F(3).

The Attorney General of Canada has brought to our attention decisions in other common law jurisdictions that appear to recognize the crime of attempting to conspire. Even then, however, attempt to conspire has served essentially as a stand-in for counselling or incitement (see *Parshu Ram v. R.* (1967), 13 F.L.R. 138 (Fiji C.A.), and *Kabunga s/o Magingi v. R.* (1955), 22 E.A.C.A. 387 (E. Afr. C.A.)), or as a means to capture unilateral conspirators (see *Harris v. R.* (1927), 48 N.L.R. 330 (S.C. S. Afr., Natal Prov. Div.)). In none of these jurisdictions has attempt to conspire expanded the sphere of criminal liability in the manner urged upon us here.

IV

The argument in favour of attempted conspiracy is that the provisions governing inchoate liability can be stacked one upon the other, like building blocks. Pursuant to s. 463(d), attempting to commit any “offence for which the offender may be prosecuted by indictment” is an indictable offence punishable by half the maximum penalty for the attempted offence. Conspiracy to commit an indictable offence is itself an indictable offence, punishable by the maximum penalty provided for the underlying substantive offence: s. 465(1)(c). Likewise, it is argued, attempt to conspire is an

juridique que nous — et aussi peu disposés, actuellement, à criminaliser la tentative de complot. En Angleterre, la *Criminal Law Act 1977* (R.-U.), 1977, ch. 45, modifiée par la *Criminal Attempts Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 47, a aboli le crime de tentative de complot. Aux États-Unis, la plupart des tribunaux qui ont examiné l’existence de ce supposé crime l’ont rejeté. Voir N. Zimmerman « Attempted Stalking : An Attempt-to-Almost-Attempt-to-Act » (2000), 20 *N. Ill. U. L. Rev.* 219, p. 222. Personne ne semble avoir été déclaré coupable de tentative de complot en Australie ou en Nouvelle-Zélande, et ce crime a été aboli en Australie et dans plusieurs États australiens : voir le par. 11.1(7) de la *Criminal Code Act 1995* (Cth.), le par. 44(10) du *Criminal Code 2002* (A.C.T.) et le par. 321F(3) de la *Crimes Act 1958* (Vict.).

Le procureur général du Canada nous a signalé des décisions émanant d’autres pays de common law qui semblent reconnaître le crime de tentative de complot. Même dans ces cas, toutefois, la tentative de complot remplaçait essentiellement l’infraction de conseil ou d’incitation (voir *Parshu Ram c. R.* (1967), 13 F.L.R. 138 (C.A. Fiji), et *Kabunga s/o Magingi c. R.* (1955), 22 E.A.C.A. 387 (C.A. Afr. or.), ou servait à criminaliser le complot unilatéral (voir *Harris c. R.* (1927), 48 N.L.R. 330 (C.S. Afr. du Sud, div. prov. du Natal)). Dans aucun de ces endroits, la tentative de complot n’a élargi la portée de la responsabilité criminelle de la façon dont on nous invite à le faire en l’espèce.

IV

On avance, à l’appui de l’existence de la tentative de complot, que les dispositions relatives à la responsabilité secondaire peuvent se superposer, comme les blocs d’un jeu de construction. Suivant l’al. 463d), la tentative de commettre « une infraction pour laquelle l’accusé peut être poursuivi par mise en accusation » est un acte criminel qui rend son auteur passible d’une peine d’emprisonnement égale à la moitié de la peine maximale applicable pour cette infraction. Le complot visant la perpétration d’un acte criminel est lui-même un acte criminel, punissable de la même peine que l’acte criminel

offence punishable by half the penalty provided for the completed conspiracy.

41 I agree with Forget J.A. that this argument is seductive in appearance but unsound in principle (para. 79). It assumes, but does not establish, that attempt to conspire is an offence under the *Criminal Code*, and it leaves unresolved the question whether the definition of attempt in s. 24 captures, as a matter of law, an attempt to *conspire*.

42 In virtue of s. 24, a test of proximity separates “mere preparation” from attempt:

24. (1) Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out the intention is guilty of an attempt to commit the offence whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence.

(2) The question whether an act or omission by a person who has an intent to commit an offence is or is not mere preparation to commit the offence, and too remote to constitute an attempt to commit the offence, is a question of law.

43 The intent of the legislator in s. 24(2) is to fix the threshold of criminal responsibility. Applying the test provided, courts must situate on a continuum from antisocial contemplation to prohibited conduct — or *bad thought* to *substantive crime* — the point where the criminal law intervenes. This continuum was aptly described a half-century ago by Laidlaw J.A. in *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18 (Ont. C.A.):

The consummation of a crime usually comprises a series of acts which have their genesis in an idea to do a criminal act; the idea develops to a decision to do that act; a plan may be made for putting that decision into effect; the next step may be preparation only for carrying out the intention and plan; but when that preparation is in fact fully completed, the next step in the series of acts done by the accused for the purpose and with the intention of committing the crime as planned cannot, in my opinion, be regarded as remote in its connection with that crime. The connection is in fact proximate. [p. 28]

en cause : al. 465(1)c). De même, affirme-t-on, la tentative de complot est une infraction rendant son auteur passible d’une peine égale à la moitié de la peine prévue pour le complot.

Je reconnais comme le juge Forget de la Cour d’appel (au par. 79) que si cet argument peut sembler séduisant, il est mal fondé au plan des principes. Il suppose, sans l’établir, que la tentative de complot est une infraction prévue par le *Code criminel*, et il ne répond pas à la question de savoir si la définition de tentative énoncée à l’art. 24 englobe, en droit, la tentative de *complot*.

L’article 24 établit un critère de proximité qui distingue la « simple préparation » de la tentative :

24. (1) Quiconque, ayant l’intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d’une tentative de commettre l’infraction, qu’il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre.

(2) Est une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission par une personne qui a l’intention de commettre une infraction est ou n’est pas une simple préparation à la perpétration de l’infraction, et trop lointaine pour constituer une tentative de commettre l’infraction.

Au paragraphe 24(2), le législateur a voulu établir le seuil de la responsabilité criminelle. En appliquant ce critère, les tribunaux doivent déterminer à quel point du continuum allant du dessein antisocial à la conduite prohibée — ou *de la mauvaise pensée* au *crime matériel* — le droit criminel intervient. Ce continuum a été très bien décrit par le juge Laidlaw dans *R. c. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18 (C.A. Ont.), il y a un demi-siècle :

[TRADUCTION] La perpétration d’un crime comprend habituellement une série d’actes qui débute par l’idée d’accomplir un acte criminel; l’idée se transforme en décision d’accomplir cet acte; un projet peut être élaboré pour mettre cette décision à exécution; l’étape suivante peut être la préparation seulement en vue de mettre en œuvre l’intention et le projet; mais lorsque cette préparation est en fait entièrement terminée, l’étape suivante dans la série d’actes accomplis par l’accusé dans le but et l’intention de commettre le crime projeté ne peut, à mon avis, être considérée comme éloignée dans son rapport avec ce crime. Le rapport est en fait rapproché. [p. 28]

In *Dynar*, Cory and Iacobucci JJ. observed that conspiracy is an act that precedes the next step after preparing to carrying out a plan:

Conspiracy is in fact a more “preliminary” crime than attempt, since the offence is considered to be complete before any acts are taken that go beyond mere preparation to put the common design into effect. The Crown is simply required to prove a meeting of the minds with regard to a common design to do something unlawful [Emphasis added; para. 87.]

And they explained that “the reason for punishing conspiracy before any steps are taken towards attaining the object of the agreement is to prevent the unlawful object from being attained, and therefore to prevent this serious harm from occurring” (para. 90 (emphasis added)). The serious harm referred to is not the conspiracy but the substantive offence. By criminalizing conspiracy, the legislature has intervened earlier along the continuum because of the increased danger represented by a cohort of wrongdoers acting in concert. See G. Côté-Harper, P. Rainville and J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4th ed. 1998), at pp. 661-63.

The question this Court must now answer is whether acts that precede a conspiracy are sufficiently proximate to a substantive offence to warrant criminal sanction. In *Dungey*, Dubin J.A. answered this question in the negative:

Notwithstanding that the charge was one of conspiracy, the conduct of the respondent should be viewed as a step preparatory to committing the substantive offence of fraud and, in that sense, what he did would be too remote to constitute an attempt. [p. 98]

In *R. v. Chan* (2003), 178 C.C.C. (3d) 269 (Ont. C.A.), Simmons J.A. was of a similar view:

Strictly inchoate crimes are a unique class of criminal offences in the sense that they criminalize acts that precede harmful conduct but do not necessarily inflict harmful consequences in and of themselves. It can thus be appreciated that it could extend the criminal law too far to reach behind those acts and criminalize behaviour that precedes those acts. [para. 69]

Dans *Dynar*, les juges Cory et Iacobucci indiquent que le complot précède l'étape postérieure à la préparation de l'exécution d'un projet :

Le complot est en fait un crime plus « préliminaire » que la tentative, car cette infraction est considérée consommée avant l'accomplissement de tout acte qui dépasserait le stade des actes simplement préparatoires à la mise à exécution du projet commun. Le ministère public doit simplement prouver la rencontre des volontés concernant un projet commun en vue de l'accomplissement d'un acte illégal . . . [Je souligne; par. 87.]

Et ils expliquent que « la répression du complot intervient avant l'accomplissement d'un acte visant à réaliser l'objet illégal de l'entente, et par conséquent en vue d'y faire obstacle afin d'empêcher que ce grave préjudice ne soit causé » (par. 90 (je souligne)). Le grave préjudice en question n'est pas le complot mais l'infraction matérielle. En criminalisant le complot, le législateur intervient plus tôt dans le continuum en raison du danger accru que présente un regroupement de malfaiteurs agissant de concert. Voir G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4^e éd. 1998), p. 661-663.

La Cour doit maintenant répondre à la question de savoir si les actes qui précèdent un complot sont suffisamment rapprochés de l'infraction matérielle pour justifier une sanction criminelle. Dans *Dungey*, le juge Dubin a répondu à cette question par la négative :

[TRADUCTION] Bien que le défendeur ait été accusé de complot, sa conduite doit être considérée comme une étape préparatoire à la perpétration de l'infraction matérielle de fraude et, dans ce sens, elle est trop éloignée pour constituer une tentative. [p. 98]

Dans *R. c. Chan* (2003), 178 C.C.C. (3d) 269 (C.A. Ont.), le juge Simmons a exprimé une opinion semblable :

[TRADUCTION] Les crimes strictement inchoatifs constituent une catégorie singulière d'infractions criminelles en ce sens qu'ils criminalisent des actes qui précèdent le comportement préjudiciable mais ne produisent pas nécessairement eux-mêmes des conséquences préjudiciables. On peut donc voir que cette catégorie d'infractions pourrait étendre excessivement l'empire du droit pénal de façon à remonter au-delà des actes et à criminaliser le comportement qui précède ces actes. [par. 69]

46 I agree with these observations. In *Dungey*, Dubin J.A. left the door open to a possible exception for substantive conspiracy precisely because, in that context, “the question of remoteness would not arise” (p. 99) since substantive conspiracies are themselves the legislative focus of the perceived harm, and not simply the risk of its possible commission.

47 Given that conspiracy is essentially a crime of intention, and “[c]riminal law should not patrol people’s thoughts” (*Dynar*, at para. 169, *per* Major J.), it is difficult to reach further than the law of conspiracy already allows. Even if it were possible, it has never been the goal of the criminal law to catch all crime [TRANSLATION] “in the egg”, as the Attorney General for Canada has put it in this case (*factum*, at para. 58). In this sense, conspiracies are criminalized when hatched. And they can only be hatched by agreement.

48 This basic element of conspiracy — agreement — exposes the otherwise hidden criminal intentions of the parties to it. This demonstrates their commitment to a prohibited act. By contrast, the criminal law intervenes later in the progression from thought to deed where someone acts alone. Overt steps are then thought necessary to disclose and establish with sufficient certainty the criminal intention that is an essential element of the attempt to commit an offence.

49 By its very nature, moreover, an agreement to commit a crime in concert with others enhances the risk of its commission. Early intervention through the criminalization of conspiracy is therefore both principled and practical.

50 Likewise, the criminalization of attempt is warranted because its purpose is to prevent harm by punishing behaviour that demonstrates a substantial risk of harm. When applied to conspiracy, the justification for criminalizing attempt is lost, since an attempt to conspire amounts, at best, to a risk that a risk will materialize.

Je suis de cet avis. Dans *Dungey*, le juge Dubin a prévu la possible exception du complot matériel justement parce que, dans ce contexte, [TRADUCTION] « la question de l'éloignement ne se poserait pas » (p. 99) puisque le préjudice appréhendé sur lequel la loi met l'accent est le complot matériel lui-même, non simplement un risque que le complot puisse se concrétiser.

Étant donné que le complot est essentiellement un crime d'intention et que le « droit pénal ne devrait pas scruter les consciences » (*Dynar*, par. 169, le juge Major), il est difficile d'aller plus loin que ce que le droit permet déjà relativement au complot. Et même si cela était possible, le droit criminel n'a jamais eu pour objectif de réprimer « dans l'œuf » tout projet de crime, comme l'a indiqué le procureur général du Canada (mémoire, par. 58). En ce sens, le complot devient criminel lorsqu'il éclot. Et seule une entente peut le faire éclore.

L'entente, cet élément fondamental du complot, expose les intentions criminelles, par ailleurs dissimulées, des participants au complot. Elle démontre leur volonté d'accomplir un acte interdit. Lorsqu'une personne agit seule par contre, le droit criminel intervient plus tard dans le continuum entre la pensée et l'acte. On estime alors que des démarches manifestes sont nécessaires pour mettre en évidence et établir avec assez de certitude l'intention criminelle formant l'élément essentiel de la tentative de commettre une infraction.

En outre, par sa nature même, l'entente entre plusieurs personnes concernant la perpétration de concert d'un crime accroît le risque qu'il soit commis. L'intervention précoce que permet la criminalisation du complot trouve ainsi sa justification tant sur le plan des principes que sur le plan pratique.

La criminalisation de la tentative se justifie, de la même façon, parce qu'elle a pour but de prévenir les actes préjudiciables en sanctionnant un comportement qui manifeste un risque substantiel de préjudice. Lorsqu'on l'applique au complot, cette justification de la criminalisation de la tentative disparaît car une tentative de complot constitue, au mieux, un risque qu'un risque se matérialise.

Finally, though Mr. Déry discussed a crime hoping eventually to commit it with others, neither he nor they committed, or even agreed to commit, the crimes they had discussed. The criminal law does not punish bad thoughts of this sort that were abandoned before an agreement was reached, or an attempt made, to act upon them.

V

For these reasons, I would allow the appeal, set aside Mr. Déry's convictions and order that acquittals be entered instead.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Philippe Larochelle, Montréal.

Solicitor for the respondent: Attorney General's Prosecutor for Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Enfin, bien que M. Déry ait discuté du crime en espérant éventuellement le commettre avec d'autres personnes, ni lui ni ces autres personnes n'ont commis ni n'ont même convenu de commettre le crime dont ils ont parlé. Le droit criminel ne punit pas les mauvaises pensées de cette sorte qui sont abandonnées avant que les parties ne concluent d'entente ou ne tentent de passer à l'acte.

V

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité de M. Déry et d'y substituer des acquittements.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Philippe Larochelle, Montréal.

Procureur de l'intimée : Substitut du procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.

51

52