

United States of America and the Honourable Allan Rock, Minister of Justice for Canada *Appellants*

v.

Arye Dynar *Respondent*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v. DYNAR

File No.: 24997.

1997: January 28; 1997: June 26.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Extradition — Offences — Money laundering — Attempt — Conspiracy — Fugitive charged in U.S. with attempting to launder money and conspiracy to launder money — Whether fugitive's conduct would have amounted to offence under Canadian law if it had occurred in Canada — Whether conduct would have amounted to criminal attempt or criminal conspiracy under Canadian law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 24(1), 462.31(1), 465(1)(c) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 19.2(1).

Criminal law — Attempt — Conspiracy — Whether impossibility constitutes defence to charge of attempt or conspiracy under Canadian law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 24(1), 465(1)(c).

Extradition — Hearing — Right to a fair hearing — Disclosure — Applicable procedural safeguards at extradition hearing.

The U.S. government requested the extradition of D, a Canadian citizen who had been the subject of a failed "sting" operation by the FBI. D had placed a telephone call from Canada to a former associate who was living in Nevada and who had become a confidential informant working for an FBI agent. D had been the subject of investigations in the U.S. into the laundering of substantial amounts of money originating in Nevada. The FBI agent had the informant introduce to D a second confidential informant, who was instructed to ask if D would be willing to launder large sums obtained as a result of

États-Unis d'Amérique et l'honorable Allan Rock, ministre de la Justice du Canada *Appellants*

c.

Arye Dynar *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. DYNAR

N° du greffe: 24997.

1997: 28 janvier; 1997: 26 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Extradition — Infractions — Recyclage de produits de la criminalité — Tentative — Complot — Fugitif accusé aux É.-U. de tentative de recycler des produits de la criminalité et de complot pour recycler des produits de la criminalité — La conduite du fugitif aurait-elle constitué une infraction en vertu du droit canadien si elle avait eu lieu au Canada? — La conduite aurait-elle constitué une tentative criminelle ou un complot criminel en vertu du droit canadien? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 24(1), 462.31(1), 465(1)c) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 19.2(1).

Droit criminel — Tentative — Complot — L'impossibilité constitue-t-elle un moyen de défense opposable à une accusation de tentative ou de complot en vertu du droit canadien? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 24(1), 465(1)c).

Extradition — Audience — Droit à un procès équitable — Divulgence — Garanties procédurales applicables à une audience d'extradition.

Le gouvernement des États-Unis a demandé l'extradition de D, un citoyen canadien qui a fait l'objet d'une opération d'infiltration menée sans succès par le FBI. D avait fait un appel téléphonique, du Canada, à un ancien associé qui vivait au Nevada et qui était devenu un informateur d'un agent du FBI. D avait été l'objet d'enquêtes aux États-Unis relativement au recyclage de grosses sommes d'argent provenant du Nevada. L'agent du FBI a demandé à l'informateur de présenter à D un autre informateur, qui devait demander à D s'il accepterait de recycler de grosses sommes provenant d'un trafic

illegal trafficking. When asked, D agreed with alacrity. Numerous conversations between the two men were recorded over the course of some months. It was eventually arranged that an associate of D would go to the U.S. to pick up some money to be laundered, but the FBI aborted the operation just prior to the transfer. D was charged in the U.S. with attempting to launder money and conspiracy to launder money. Following a hearing under the *Extradition Act*, he was committed for extradition. He complained to the Minister of Justice of the lack of disclosure of the Canadian involvement in the investigation, but the Minister refused D's request to reopen the extradition hearing, and ordered his surrender for prosecution in the U.S. The Court of Appeal allowed D's appeal from the committal decision and granted his application for judicial review of the Minister's decision to order his surrender. The major issue raised in this appeal is whether D's conduct would have amounted to an offence under Canadian law if it had occurred in Canada. The issue presented on D's cross-appeal is whether the Canadian authorities violated D's constitutionally guaranteed right to a fair hearing by failing to disclose details of official Canadian involvement in the U.S. investigation of him.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

(1) *Issue on Appeal*

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: If D had successfully consummated in Canada a scheme like the one he embarked on in the U.S., he would not have been guilty of any completed offence known to the law of Canada, since the conversion of monies that are believed to be but are not in fact the proceeds of crime was not an offence in Canada at the relevant time. There were two statutory provisions under which Canadian authorities might have prosecuted money-laundering schemes like the one that D attempted to consummate, but both required that an accused, if he was to be convicted, should have known that the money he converted was the proceeds of crime. Since the money that the U.S. undercover agents asked D to launder was not in fact the proceeds of crime, D could not possibly have known that it was the proceeds of crime.

illicite. D a accepté la demande avec empressement. De nombreuses conversations entre les deux hommes ont été enregistrées au fil de quelques mois. Il a finalement été convenu qu'un associé de D irait chercher l'argent à recycler aux États-Unis, mais le FBI a interrompu l'opération juste avant la remise de l'argent. D a été accusé aux États-Unis de tentative de recyclage de produits de la criminalité et de complot en vue de recycler des produits de la criminalité. Après une audience tenue en vertu de la *Loi sur l'extradition*, il a été incarcéré en vue de son extradition. Il s'est plaint au ministre de la Justice du fait que la participation canadienne à l'enquête n'avait pas été divulguée, mais le ministre a refusé de reprendre l'audience d'extradition à la demande de D et a ordonné qu'il soit extradé en vue de son procès aux États-Unis. La Cour d'appel a accueilli l'appel de D contre la décision de l'incarcérer ainsi que sa demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre d'ordonner son extradition. La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si les agissements de D auraient constitué une infraction en vertu du droit canadien s'ils avaient eu lieu au Canada. Quant au pourvoi incident, la question est de savoir si les autorités canadiennes ont porté atteinte au droit de D à un procès équitable, lequel est garanti par la Constitution, en ne communiquant pas des renseignements concernant la participation officielle du Canada à l'enquête que les É.-U. menaient sur lui.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

(1) *Le pourvoi principal*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: Si D avait mis à exécution au Canada, un projet comme celui dans lequel il s'est engagé aux États-Unis, il n'aurait été coupable d'aucune infraction consommée connue en droit canadien puisque le recyclage de sommes d'argent que l'on croit être des produits de la criminalité, mais qui dans les faits n'en sont pas, n'était pas, à l'époque en cause dans le présent pourvoi, une infraction au Canada. Deux dispositions législatives permettaient aux autorités canadiennes de poursuivre les auteurs de projets de recyclage d'argent du type de celui que D a essayé de réaliser, mais, pour que l'accusé puisse être déclaré coupable, l'une et l'autre nécessitaient que celui-ci ait su que l'argent à convertir était le produit de la criminalité. Étant donné que l'argent que les agents d'infiltration américains ont demandé à D de recycler n'était pas réellement le produit de la criminalité, D ne pouvait savoir qu'il s'agissait du produit de la criminalité.

However, the steps D took toward the realization of his plan to launder money would have amounted to a criminal attempt under Canadian law if the conduct in question had taken place entirely within Canada. The crime of attempt under s. 24(1) of the *Criminal Code* consists of an intent to commit the completed offence together with some act more than merely preparatory taken in furtherance of the attempt. D's argument that Parliament did not intend by s. 24(1) to criminalize all attempts to do the impossible, but only those attempts that the common law has classified as "factually impossible", does not help him, because the conventional distinction between factual and legal impossibility is not tenable. The only relevant distinction for purposes of s. 24(1) is between imaginary crimes and attempts to do the factually impossible. Only attempts to commit imaginary crimes fall outside the scope of the provision. Because what D attempted to do falls squarely into the category of the factually impossible — he attempted to commit crimes known to law and was thwarted only by chance — it was a criminal attempt within the meaning of s. 24(1).

Even though D did not "know" that the money he attempted to convert was the proceeds of crime, he nevertheless had the requisite *mens rea* for a crime. Knowledge is not the *mens rea* of the money-laundering offences. Knowledge has two components — truth and belief — and of these, only belief is mental or subjective. Belief is the *mens rea* of the money-laundering offences. That the belief be true is one of the attendant circumstances that is required if the *actus reus* is to be completed. The absence of an attendant circumstance is irrelevant from the point of view of the law of attempt.

D's conduct could also justify his surrender on the conspiracy charge. The issue is not whether D's conduct can support a conviction for conspiracy, but only whether a *prima facie* case has been demonstrated that would justify his committal for trial if his conduct had taken place in Canada. For there to be a criminal conspiracy, there must be an intention to agree, the completion of an agreement, and a common design to do something unlawful. Conspiracy is 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. Impossibility is not a defence to conspiracy. Conspiracy

Cependant, les efforts déployés par D en vue de la réalisation de son projet de recyclage d'argent auraient cependant constitué une tentative et un complot criminels en droit canadien si tous les agissements en question avaient eu lieu au Canada. En vertu du par. 24(1) du *Code criminel*, le crime de tentative consiste en l'intention de commettre l'infraction, constituée dans tous ses éléments, jointe à l'accomplissement d'actes dépassant le stade des actes simplement préparatoires à l'infraction. L'argument de D selon lequel le législateur n'avait pas l'intention, par l'adoption du par. 24(1), d'incriminer toutes les tentatives d'infractions impossibles, mais seulement celles que la common law a rangées dans la catégorie des «impossibilités de fait» ne lui est d'aucun secours puisque la distinction conventionnelle entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit est indéfendable. La seule distinction utile pour l'application du par. 24(1) est celle qui différencie le crime imaginaire de la tentative d'infraction impossible en fait. Seule la tentative de crime imaginaire échappe à l'application de la disposition. Comme ce que D a tenté de faire relève carrément de l'impossibilité de fait — il a tenté de commettre des crimes connus en droit et n'a été déjoué que par le hasard — il s'agissait d'une tentative criminelle au sens du par. 24(1).

Même si D ne «savait» pas que l'argent qu'il a tenté de convertir était le produit de la criminalité, il avait néanmoins la *mens rea* nécessaire pour commettre un crime. La connaissance n'est pas la *mens rea* des infractions de recyclage des produits de la criminalité. La connaissance a deux composantes — la vérité et la croyance — et de ces deux éléments, seule la croyance est subjective ou psychologique. La croyance est la *mens rea* des infractions de recyclage des produits de la criminalité. La conformité avec la réalité de la croyance est l'une des circonstances concomitantes exigées pour que l'*actus reus* soit exécuté. L'absence d'une circonstance concomitante n'est pas pertinente du point de vue des règles de droit applicables à la tentative d'infraction.

La conduite de D pourrait également justifier son extradition relativement à l'accusation de complot portée contre lui. Il ne s'agit pas de déterminer si les agissements de D peuvent fonder une déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation de complot, mais seulement si une preuve *prima facie* a été produite pour justifier son incarcération en vue d'un procès si les agissements qu'on lui reproche avaient eu lieu au Canada. Pour qu'il y ait complot criminel, l'intention de conclure une entente, la conclusion d'une entente et l'existence d'un projet commun de faire quelque chose d'illégal sont essentiels. Le complot est un crime plus «préliminaire» que la tentative, car cette infraction est considé-

tors should not escape liability because, owing to matters entirely outside their control, they are mistaken with regard to an attendant circumstance that must exist for their plan to be successful. From a purely conceptual perspective, the distinction between factual and legal impossibility is as unsound in the law of conspiracy as it is in the law of attempt. Cases of so-called “legal” impossibility turn out to be cases of factual impossibility and the distinction collapses, except in cases of “imaginary crimes”. Furthermore, like attempt, conspiracy is a crime of intention. Since the offence of conspiracy only requires an intention to commit the substantive offence, and not the commission of the offence itself, it does not matter that, from an objective point of view, commission of the offence may be impossible.

Per Sopinka, McLachlin and Major JJ.: The intention to do an act coupled with some activity thought to be criminal is not sufficient to find the accused guilty of an attempt when that which was attempted was not an offence under the *Criminal Code*. There must be an underlying offence capable of being committed before the elements of the attempt offence can be considered. The substantive offence of money laundering as it stands cannot be committed without the actual proceeds of crime being present. The accused cannot “know” that what he is laundering is the proceeds of crime unless the proceeds are in fact the proceeds of crime. Since D did not have knowledge, the *mens rea* of the offence, he cannot be said to have attempted it. Moreover, it does not make sense to say that D attempted to launder the proceeds of crime, when he only attempted to launder what the FBI provided. There was no offence that could be committed; the laundering of legal proceeds is an imaginary crime.

The offence of conspiracy to launder money can be made out on these facts. The gravamen of the offence is the agreement to commit a crime, and it was open to the extradition judge to conclude that there was sufficient evidence of an agreement between D and his associate to commit the offence of money laundering. The conspiracy charge was based on the agreement to commit the general offence of money laundering, whereas the attempt charge was restricted to the attempted launder-

rée consommée avant l’accomplissement de tout acte qui dépasserait le stade des actes simplement préparatoires à la mise à exécution du projet commun. L’impossibilité ne peut pas être opposée à une accusation de complot. Les conspirateurs ne devraient pas être exonérés parce que, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, ils se sont trompés quant à l’existence d’une circonstance dont dépend le succès de leur entreprise. Sur le plan purement conceptuel, la distinction entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit n’est pas mieux fondée parce qu’il s’agit d’un complot plutôt que d’une tentative. La soi-disant impossibilité «de droit» est en réalité un cas d’impossibilité de fait et cette distinction ne vaut plus sauf dans les cas de «crimes imaginaires». En outre, à l’instar de la tentative, le complot constitue un crime d’intention. Comme l’infraction de complot exige seulement l’intention de commettre l’infraction matérielle précise, et non la perpétration de l’infraction elle-même, il est indifférent, du point de vue objectif, que la perpétration de l’infraction puisse être impossible.

Les juges Sopinka, McLachlin et Major: L’intention jointe à des actes tenus pour criminels ne suffit pas pour conclure que l’accusé est coupable de tentative, alors que ce qu’il a tenté de faire ne constitue pas une infraction visée par le *Code criminel*. Il doit y avoir une infraction sous-jacente susceptible d’être commise, avant que l’on puisse examiner les éléments de l’infraction de tentative. L’infraction de recyclage des produits de la criminalité, dans sa formulation actuelle, ne peut pas être perpétrée sans l’existence de produits de la criminalité. L’accusé ne peut pas “savoir” que ce qu’il recycle est le produit de la criminalité à moins que ce produit ne soit effectivement le produit de la criminalité. Étant donné que D n’avait pas la connaissance, *mens rea* de l’infraction, on ne peut dire qu’il a tenté de la commettre. Qui plus est, il n’est pas logique de dire que D a tenté de recycler des produits de la criminalité, alors qu’il a seulement tenté de recycler ce que le FBI devait lui fournir. Aucune infraction ne pouvait être commise; le recyclage des produits d’une activité licite est un crime imaginaire.

Les faits de l’espèce permettent d’établir l’infraction de complot en vue de recycler des produits de la criminalité. Le fondement de l’infraction est l’entente en vue de commettre un crime et il était loisible au juge d’extradition de conclure qu’il y avait suffisamment d’éléments de preuve d’une entente entre D et son associé en vue de commettre l’infraction de recyclage des produits de la criminalité. L’accusation de complot était fondée sur l’entente de commettre l’infraction générale de recy-

ing of the money that was to have been provided by the authorities in the sting operation.

(2) *Issue on Cross-Appeal*

A new hearing is not warranted here. The role of the extradition judge is a modest one, limited to the determination of whether or not the evidence is sufficient to justify committing the fugitive for surrender. The extradition hearing is intended to be an expedited process, designed to keep expenses to a minimum and ensure prompt compliance with Canada's international obligations. Even though the hearing must be conducted in accordance with the principles of fundamental justice, this does not automatically entitle the fugitive to the highest possible level of disclosure. The principles of fundamental justice guaranteed under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* vary according to the context of the proceedings in which they are raised. Procedures at the extradition hearing are of necessity less complex and extensive than those in domestic preliminary inquiries or trials. Since D received adequate disclosure of the materials that were being relied upon to establish the *prima facie* case against him, no additional disclosure was required. No justiciable *Charter* issue arises since the evidence provided by the requesting state contains sufficient information to conclude that the evidence was gathered entirely in the U.S., by American officials, for an American trial.

Cases Cited

By Cory and Iacobucci JJ.

Not followed: *Director of Public Prosecutions v. Nock*, [1978] 2 All E.R. 654; **referred to:** *McVey (Re)*; *McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171; *R. v. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238; *Irwin v. The Queen*, [1968] S.C.R. 462, aff'g [1968] 2 C.C.C. 50; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *R. v. Deutsch*, [1986] 2 S.C.R. 2; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666; *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Papalia v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 256; *Guimond v. The Queen*,

clage des produits de la criminalité, alors que l'accusation de tentative se limitait à la tentative de recycler l'argent qui aurait été fourni par les autorités lors d'une opération d'infiltration.

(2) *Le pourvoi incident*

Une nouvelle audience n'est pas justifiée en l'espèce. Le rôle du juge d'extradition est modeste car limité à déterminer si la preuve est suffisante ou non pour justifier l'incarcération du fugitif en vue de son extradition. L'audience d'extradition doit être un processus accéléré, conçu pour maintenir les dépenses à leur niveau le plus bas et pour garantir l'exécution rapide des obligations internationales du Canada. L'audience doit respecter les principes de justice fondamentale, mais il ne s'ensuit pas que le fugitif a nécessairement droit à la communication la plus complète possible. Les principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* varient selon le contexte de la procédure dans le cadre de laquelle ils sont soulevés. Les règles régissant la procédure dans une audience d'extradition sont nécessairement moins complexes et moins détaillées que dans une enquête préliminaire ou un procès en droit interne. Puisque D a obtenu une communication complète des éléments invoqués à l'appui de la preuve *prima facie* présentée contre lui, aucune communication additionnelle n'était nécessaire. L'instance ne soulève aucune question ayant trait à la *Charte* susceptible d'être tranchée par les tribunaux puisque la preuve fournie par l'État requérant comportait suffisamment de renseignements pour mener à la conclusion que la preuve a été recueillie entièrement aux États-Unis, par des fonctionnaires américains, en vue d'un procès devant se dérouler aux États-Unis.

Jurisprudence

Citée par les juges Cory et Iacobucci

Arrêt non suivi: *Director of Public Prosecutions v. Nock*, [1978] 2 All E.R. 654; **arrêts mentionnés:** *McVey (Re)*; *McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171; *R. c. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238; *Irwin c. The Queen*, [1968] R.C.S. 462, conf. [1968] 2 C.C.C. 50; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *R. c. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *R. c. Deutsch*, [1986] 2 R.C.S. 2; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666; *Mulcahy c. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Papalia c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 256;

[1979] 1 S.C.R. 960; *Haughton v. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109; *R. v. Shivpuri*, [1986] 2 All E.R. 334; *R. v. Atkinson*, [1987] O.J. No. 1930 (QL); *R. v. Sew Hoy*, [1994] 1 N.Z.L.R. 257; *R. v. Chow Sik Wah*, [1964] 1 C.C.C. 313; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *R. v. Whitchurch* (1890), 24 Q.B.D. 420; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Philippines (Republic) v. Pacificador* (1993), 14 O.R. (3d) 321; *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, aff'd [1996] 1 S.C.R. 467; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

By Major J.

Referred to: *R. v. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980; *Haughton v. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109; *People v. Jaffe*, 78 N.E. 169 (1906); *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Streu*, [1989] 1 S.C.R. 1521; *R. v. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171; *R. v. Collins* (1864), 9 Cox C.C. 497.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-17, *Criminal Law Improvement Act, 1996*, 2nd Sess., 35th Parl., 1996.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24, 32.
Criminal Attempts Act 1981 (U.K.), 1981, c. 47, ss. 1, 5.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 24, 27, 163(2)(a), 181, 196(4)(a) [rep. & sub. 1993, c. 40, s. 14(3)], 300, 354(1), 462.31(1) [ad. c. 42 (4th Supp.), s. 2], 465(1), 495(1)(a).
Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, ss. 3, 9(3) [ad. 1992, c. 13, s. 2], 13, 14, 15, 16, 18(1)(b), (2), 19(b).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(3).
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 4(1), 19.2(1) [ad. c. 42 (4th Supp.), s. 12].
N.Y. Penal Law § 110.10 (Consol. 1984).
United States Code, Title 18, §§ 371, 1956(a)(3).

Guimond c. La Reine, [1979] 1 R.C.S. 960; *Haughton c. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109; *R. c. Shivpuri*, [1986] 2 All E.R. 334; *R. c. Atkinson*, [1987] O.J. No. 1930 (QL); *R. c. Sew Hoy*, [1994] 1 N.Z.L.R. 257; *R. c. Chow Sik Wah*, [1964] 1 C.C.C. 313; *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *R. c. Whitchurch* (1890), 24 Q.B.D. 420; *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis d'Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286; *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Philippines (Republic) c. Pacificador* (1993), 14 O.R. (3d) 321; *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *R. c. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980; *Haughton c. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109; *People c. Jaffe*, 78 N.E. 169 (1906); *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Streu*, [1989] 1 R.C.S. 1521; *R. c. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171; *R. c. Collins* (1864), 9 Cox C.C. 497.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24, 32.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 24, 27, 163(2)(a), 181, 196(4)(a) [abr. & rempl. 1993, ch. 40, art. 14(3)], 300, 354(1), 462.31(1) [aj. ch. 42 (4^e suppl.), art. 2], 465(1), 495(1)(a).
Criminal Attempts Act 1981 (R.-U.), 1981, ch. 47, art. 1, 5.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45(3).
Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 3, 9(3) [aj. 1992, ch. 13, art. 2], 13, 14, 15, 16, 18(1)(b), (2), 19(b).
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(1), 19.2(1) [aj. ch. 42 (4^e suppl.), art. 12].
N.Y. Penal Law § 110.10 (Consol. 1984).
 Projet de loi C-17, *Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, 2^e sess., 35^e législ., 1996.
United States Code, Title 18, §§ 371, 1956(a)(3).

Authors Cited

- Brown, Barry. “‘Th’ attempt, and not the deed, Confounds us’: Section 24 and Impossible Attempts” (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 225.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 45. *Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences*. Ottawa: The Commission, 1985.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
- La Forest, Anne Warner. *La Forest’s Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Meehan, Eugene M. A. “Attempt — Some Rational Thoughts on its Rationale” (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 215.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Rainville, Pierre. “La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative” (1996), 37 *C. de D.* 909.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Williams, Glanville. “Attempting the Impossible — A Reply” (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 49.
- Williams, Glanville. *Criminal Law — The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- Williams, Glanville. “The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*”, [1986] *Cambridge L.J.* 33.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 25 O.R. (3d) 559, 85 O.A.C. 9, 101 C.C.C. (3d) 271, allowing the respondent’s appeal from a decision of the Ontario Court (General Division), [1994] O.J. No. 3940 (QL), committing him for extradition and his application for judicial review of the Minister of Justice’s decision to order his surrender. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Robert W. Hubbard and Croft Michaelson, for the appellants.

Doctrine citée

- Brown, Barry. «‘Th’ attempt, and not the deed, Confounds us»: Section 24 and Impossible Attempts» (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 225.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 45. *La responsabilité secondaire: complicité et infractions inchoatives*. Ottawa: La Commission, 1985.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
- La Forest, Anne Warner. *La Forest’s Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Meehan, Eugene M. A. «Attempt — Some Rational Thoughts on its Rationale» (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 215.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Rainville, Pierre. «La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative» (1996), 37 *C. de D.* 909.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Williams, Glanville. «Attempting the Impossible — A Reply» (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 49.
- Williams, Glanville. *Criminal Law — The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- Williams, Glanville. «The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*», [1986] *Cambridge L.J.* 33.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 559, 85 O.A.C. 9, 101 C.C.C. (3d) 271, qui a accueilli l’appel interjeté par l’intimé contre une décision de la Cour de l’Ontario (Division générale), [1994] O.J. No. 3940 (QL), ordonnant son incarcération en vue de son extradition, ainsi que sa demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice d’ordonner son extradition. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Robert W. Hubbard et Croft Michaelson, pour les appelants.

Frank Addario, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. — The issue in this appeal is whether the respondent's conduct in the United States would constitute a crime if carried out in this country, thereby meeting the requirement of "double criminality" which is the precondition for the surrender of a Canadian fugitive for trial in a foreign jurisdiction. This issue requires the Court to consider the scope of the liability for attempted offences and conspiracy under Canadian criminal law, specifically, whether impossibility constitutes a defence to a charge of attempt or conspiracy in Canada.

The issue to be determined on the respondent's cross-appeal is whether, in order to receive a fair committal hearing, he was entitled to full disclosure of all materials gathered in the course of the investigation which are in the possession of the Requesting State or the Canadian authorities. Specifically, the Court is asked to decide if he was entitled to receive disclosure of information regarding the involvement of the Canadian authorities in the investigation with a view to establishing a violation of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I. Facts

Arye Dynar, a Canadian citizen, was the subject of a failed "sting" operation attempted by the Federal Bureau of Investigation in the United States. Mr. Dynar was indicted together with Maurice Cohen, who is also a Canadian citizen, in the United States District Court of Nevada. The United States indictment charged both Mr. Dynar and Mr. Cohen with one count of attempting to launder money in violation of Title 18, *United States Code*, § 1956(a)(3), and one count of conspiracy to violate Title 18, *United States Code*, § 1956(a)(3), contrary to Title 18, *United States Code*, § 371. The Government of the United States

Frank Addario, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — La question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si la conduite de l'intimé aux États-Unis constituerait un crime si elle avait eu lieu au Canada, de manière à satisfaire à l'exigence de la «double incrimination» qui est une condition préalable à l'extradition d'un fugitif canadien en vue de son procès à l'étranger. La Cour doit examiner l'étendue de la responsabilité en matière de tentative et de complot en droit pénal canadien et elle doit décider plus particulièrement si l'impossibilité constitue un moyen de défense contre une accusation de tentative ou de complot au Canada.

Le pourvoi incident de l'intimé soulève la question de savoir si, pour garantir le caractère équitable de l'audience tenue relativement à son incarcération, il fallait lui reconnaître le droit à la communication de tous les éléments recueillis pendant l'enquête et en la possession de l'État requérant ou des autorités canadiennes. Plus précisément, on demande à la Cour de décider s'il avait droit à la communication de l'information relative à la participation des autorités canadiennes à l'enquête afin d'établir qu'il y a eu violation de ses droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I. Les faits

Le citoyen canadien Arye Dynar a été l'objet d'une opération d'infiltration menée sans succès par un agent du Federal Bureau of Investigation des États-Unis. M. Dynar a été mis en accusation avec Maurice Cohen, également citoyen canadien, devant la cour de district des États-Unis du Nevada. L'acte d'accusation américain comportait, à la fois contre M. Dynar et contre M. Cohen, un chef de tentative de recyclage des produits de la criminalité en contravention du par. 1956(a)(3) du titre 18 du *United States Code*, et un chef de complot en vue d'enfreindre le par. 1956(a)(3) du titre 18 du *United States Code* en contravention de

1

2

3

requested their extradition by Diplomatic Note dated November 30, 1992. This appeal relates to the request for the extradition of Mr. Dynar.

l'art. 371 du titre 18 du *United States Code*. Le gouvernement des États-Unis a demandé leur extradition par note diplomatique en date du 30 novembre 1992. Le présent pourvoi se rapporte à la demande présentée pour l'extradition de M. Dynar.

4 The events that formed the basis of the indictment began with a telephone call placed on January 2, 1990, from Canada, by Mr. Dynar to a former associate, Lucky Simone, who was living in Nevada. The call was apparently made to seek investors for a business operation in the United States. Lucky Simone had, unbeknownst to Mr. Dynar, become a confidential informant working for FBI agent William Matthews. He informed Agent Matthews of Mr. Dynar's call, and Agent Matthews requested that Mr. Simone return the call. Mr. Simone gave his consent for Agent Matthews to record the conversation.

Les événements à l'origine de la mise en accusation ont débuté par l'appel téléphonique que M. Dynar a fait le 2 janvier 1990, du Canada, à Lucky Simone, un ancien associé qui vivait au Nevada. M. Dynar était apparemment à la recherche d'investisseurs pour une opération commerciale aux États-Unis. Lucky Simone était devenu, à l'insu de M. Dynar, informateur de l'agent William Matthews du FBI. Mis au courant de l'appel de M. Dynar, l'agent Matthews a demandé à M. Simone de rappeler M. Dynar. M. Simone a consenti à ce que l'agent Matthews enregistre la conversation.

5 Affidavit evidence filed by the Requesting State indicates that, during the 1980s, Mr. Dynar was the subject of investigations in the United States pertaining to the laundering of substantial amounts of money originating in the State of Nevada. Agent Matthews' involvement in the investigation of Mr. Dynar's activities began in 1988. When Mr. Dynar made contact with Lucky Simone in 1990, Agent Matthews deposed that he decided to determine whether or not Mr. Dynar was still involved in laundering money which was the proceeds of crime. He had Mr. Simone introduce a second confidential informant, known as "Anthony", to Mr. Dynar. Anthony was instructed to ask if Mr. Dynar would be willing to launder large sums obtained as a result of illegal trafficking. When asked, Mr. Dynar agreed with alacrity to launder money for Anthony.

Selon la preuve par affidavit présentée par l'État requérant, au cours des années 80, M. Dynar avait été l'objet d'enquêtes aux États-Unis relativement au recyclage de grosses sommes d'argent provenant du Nevada. La participation de l'agent Matthews à l'enquête sur les activités de M. Dynar a débuté en 1988. L'agent Matthews a témoigné que, lorsque M. Dynar a pris contact avec Lucky Simone en 1990, il a décidé de chercher à savoir si M. Dynar était toujours mêlé au recyclage des produits de la criminalité. Il a demandé à M. Simone de présenter à M. Dynar un autre informateur appelé «Anthony». Anthony devait demander à M. Dynar s'il accepterait de recycler de grosses sommes provenant d'un trafic illicite. M. Dynar a accepté avec empressement la demande d'Anthony.

6 A great many conversations between the two men were recorded over the course of some months. On all of these occasions, Anthony was in Las Vegas, Nevada and Mr. Dynar was in Canada. Eventually, Mr. Dynar and Anthony arranged an initial meeting. The meeting was purportedly to allow Anthony to give money to Mr. Dynar for laundering as a first step towards developing a relationship in which Mr. Dynar would regularly

Un très grand nombre de conversations entre les deux hommes ont été enregistrées au fil de quelques mois. À chaque fois, Anthony était à Las Vegas, au Nevada, et M. Dynar était au Canada. M. Dynar et Anthony ont finalement convenu d'une première rencontre. Elle devait permettre à Anthony de confier l'argent à recycler à M. Dynar, et amorcer une collaboration dans le cadre de laquelle M. Dynar devait recycler régulièrement de

launder money for him. During several of the conversations, it was made clear that the money to be laundered was “drug money”. Mr. Dynar insisted more than once that the amounts had to be large in order to make his efforts worthwhile. The conversations also disclosed that Mr. Dynar had an associate named “Moe”, who was subsequently identified as Maurice Cohen. Agent Matthews recorded all of the conversations in Las Vegas pursuant to the applicable law of the United States, which only requires the consent of one party for the lawful interception of the conversation. Special Agent Charles Pine of the Internal Revenue Service (IRS) was able to identify the voice of Maurice Cohen in the background of several of the conversations.

The initial plan of the American authorities was to set up the transfer of funds to Mr. Dynar in the United States. However, Mr. Dynar believed that he was the subject of a sealed indictment in the United States charging him with laundering very large sums of money and that if he travelled to that country, he would be arrested. It was accordingly agreed that Mr. Dynar’s associate, Maurice Cohen, would meet Anthony’s associate in Buffalo. Mr. Cohen was to take the money to Toronto where it would be laundered by Mr. Dynar. It would then be taken back to Buffalo by Mr. Cohen on the following day, after a commission for Mr. Dynar had been deducted.

In Buffalo, Mr. Cohen met with Special Agent Dennis McCarthy of the IRS, who was posing as Anthony’s associate. The conversations that took place between them in preparation for the transfer of funds were recorded by Agent McCarthy. They contain several statements to the effect that Mr. Cohen was working for Mr. Dynar, as well as some explanations of the logistics of the laundering scheme. In the end, however, the money was not transferred to Mr. Cohen. The FBI aborted the operation by pretending to arrest Agent McCarthy just prior to the transfer of the money. Mr. Cohen was allowed to return to Canada.

A committal hearing under s. 13 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, was held before Keenan J. of the Ontario Court (General Division).

l’argent pour Anthony. Au cours de plusieurs de ces conversations, il a été clairement dit que l’argent à recycler provenait du trafic de stupéfiants. M. Dynar a insisté plus d’une fois pour que ce soit de grosses sommes afin que cela en vaille la peine. Les conversations ont aussi révélé que M. Dynar avait un associé appelé «Moe», qui a par la suite été identifié comme étant Maurice Cohen. L’agent Matthews a enregistré toutes les conversations à Las Vegas conformément aux règles de droit applicables aux États-Unis où le consentement d’un seul interlocuteur suffit pour que l’interception soit légale. L’agent spécial Charles Pine, de l’Internal Revenue Service (IRS), a pu reconnaître la voix de Maurice Cohen en fond sonore de plusieurs des conversations.

Les autorités américaines avaient d’abord prévu que la remise des fonds à M. Dynar se ferait aux États-Unis. Mais M. Dynar croyait qu’il était l’objet d’un acte d’accusation sous pli scellé aux États-Unis, eu égard au recyclage de très grosses sommes d’argent, et que, s’il se rendait dans ce pays, il serait arrêté. Il a donc été convenu que l’associé de M. Dynar, Maurice Cohen, rencontrerait l’associé d’Anthony à Buffalo. M. Cohen devait apporter l’argent à Toronto, où M. Dynar devait le recycler. L’argent devait ensuite être rapporté à Buffalo par M. Cohen le jour suivant, après déduction de la commission versée à M. Dynar.

À Buffalo, M. Cohen a rencontré l’agent spécial Dennis McCarthy de l’IRS, qui s’est fait passer pour l’associé d’Anthony. Les conversations qui ont eu lieu entre eux en préparation de la remise des fonds ont été enregistrées par l’agent McCarthy. Elles comportent plusieurs affirmations selon lesquelles M. Cohen travaillait pour M. Dynar, de même que des explications sur l’organisation matérielle du recyclage d’argent. Finalement, l’argent n’a pas été remis à M. Cohen. Le FBI a interrompu l’opération en faisant semblant d’arrêter l’agent McCarthy juste avant la remise des fonds. Monsieur Cohen a été autorisé à rentrer au Canada.

L’audience relative à l’incarcération, prévue à l’art. 13 de la *Loi sur l’extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, a été tenue devant le juge Keenan de la

7

8

9

In support of the request for extradition of Mr. Dynar and Mr. Cohen, the United States as the Requesting State relied upon affidavits from the investigating officers and transcripts of the recorded telephone conversations. This evidence formed the basis for the decision to commit Mr. Dynar for extradition.

Cour de l'Ontario (Division générale). Au soutien de la demande d'extradition de MM. Dynar et Cohen, les États-Unis, à titre d'État requérant, ont présenté les affidavits des enquêteurs et les transcriptions des enregistrements des conversations téléphoniques. La décision d'incarcérer M. Dynar en vue de son extradition est fondée sur cette preuve.

¹⁰ Keenan J. proceeded on the assumption that there was no involvement by Canadian authorities in the investigation and he was therefore highly critical of the conduct of the United States authorities in carrying out the investigation. It subsequently became clear that the Canadian authorities had indeed been consulted and informed regarding the various stages of the investigation. A memo from a U.S. federal government lawyer received by the Canadian Department of Justice in response to Keenan J.'s decision indicated that a formal cooperative arrangement was in place in which information was exchanged between United States and Canadian authorities regarding Mr. Dynar's activities.

Présumant qu'il n'y avait eu aucune participation des autorités canadiennes à l'enquête, le juge Keenan a réprouvé la conduite de l'enquête par les autorités américaines. Par la suite, il est devenu évident que les autorités canadiennes avaient bien été consultées et informées au sujet des diverses étapes de l'enquête. Une lettre envoyée par un avocat du gouvernement fédéral américain au ministre de la Justice du Canada en réaction à la décision du juge Keenan indique que des mesures de coopération avaient été prises officiellement et avaient permis l'échange d'informations entre les autorités américaines et les autorités canadiennes au sujet des agissements de M. Dynar.

¹¹ Mr. Dynar's counsel complained of the lack of disclosure of the Canadian involvement in the investigation to the Minister of Justice in written submissions that were made prior to the Minister's decision to surrender Mr. Dynar. Mr. Dynar's counsel also attempted on two occasions to obtain full disclosure from the Minister of materials showing the course of dealings between the Canadian and American authorities. This disclosure was refused on both occasions on the basis that the Department of Justice did not possess the requested information, and in any event, that such disclosure was not appropriate in the extradition context. In his submissions to the Minister, Mr. Dynar's counsel also invoked compassionate grounds related to some of Mr. Dynar's health problems, and argued that Mr. Dynar should be prosecuted in Canada. All of these submissions were rejected by the Minister, who refused Mr. Dynar's request to re-open the extradition hearing, and ordered his surrender for prosecution in the United States.

Dans des observations écrites adressées au ministre de la Justice avant qu'il ne décide d'extrader M. Dynar, l'avocat de M. Dynar s'est plaint du fait que la participation canadienne à l'enquête n'avait pas été divulguée. Il a aussi, à deux reprises, tenté d'obtenir du ministre la communication complète des documents rendant compte des rapports entre les autorités canadiennes et les autorités américaines. Dans les deux cas, la communication a été refusée pour le motif que le ministère de la Justice ne possédait pas l'information demandée et que, de toute façon, il n'y avait pas lieu de l'accorder dans le contexte de l'extradition. Dans les observations présentées au ministre, l'avocat de M. Dynar a aussi invoqué des motifs humanitaires liés à certains problèmes de santé de M. Dynar et il a soutenu que M. Dynar devrait être poursuivi au Canada. Toutes ces observations ont été écartées par le ministre, qui a refusé de reprendre l'audience d'extradition à la demande de M. Dynar et a ordonné qu'il soit extradé en vue de son procès aux États-Unis.

Mr. Dynar appealed to the Ontario Court of Appeal from Keenan J.'s committal decision, and sought judicial review of the Minister's decision to order his surrender. Galligan J.A., for a unanimous court, allowed the appeal and the application for judicial review on the basis that the activities of Mr. Dynar would not constitute a criminal offence in Canada, even though they did constitute an offence under the applicable United States law: (1995), 25 O.R. (3d) 559, 85 O.A.C. 9, 101 C.C.C. (3d) 271. Mr. Dynar was therefore discharged.

The Minister of Justice and the United States have appealed Mr. Dynar's discharge and Mr. Dynar has brought a cross-appeal.

II. Applicable Legislation

The relevant statutory provisions are not the United States provisions under which Mr. Dynar has been indicted, but the provisions of the Canadian *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. It is these enactments which will determine whether the conduct of Mr. Dynar in the United States would constitute offences in this country. See *McVey (Re); McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475.

The *Criminal Code* provision that establishes the substantive "money laundering" offence is:

462.31 (1) Every one commits an offence who uses, transfers the possession of, sends or delivers to any person or place, transports, transmits, alters, disposes of or otherwise deals with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of

(a) the commission in Canada of an enterprise crime offence or a designated drug offence; or

M. Dynar a formé un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario contre la décision du juge Keenan de l'incarcérer, et il a demandé le contrôle judiciaire de la décision du ministre d'ordonner son extradition. Le juge Galligan, au nom de la cour unanime, a accueilli l'appel et la demande de contrôle judiciaire pour le motif que les agissements de M. Dynar ne constitueraient pas une infraction criminelle au Canada, même s'ils étaient incriminés en vertu du droit applicable aux États-Unis: (1995), 25 O.R. (3d) 559, 85 O.A.C. 9, 101 C.C.C. (3d) 271. M. Dynar a donc été libéré.

Le ministre de la Justice et les États-Unis ont interjeté appel de la libération de M. Dynar, et ce dernier a formé un pourvoi incident.

II. Législation applicable

Les dispositions applicables ne sont pas les dispositions américaines en vertu desquelles M. Dynar a été mis en accusation, mais les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Ce sont ces dispositions qui déterminent si les agissements de M. Dynar aux États-Unis constituaient des infractions au Canada; voir l'arrêt *McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475.

La disposition du *Code criminel* qui crée l'infraction matérielle précise de «recyclage des produits de la criminalité» est libellée de la façon suivante:

462.31 (1) Est coupable d'une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement:

a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction de criminalité organisée ou d'une infraction désignée en matière de drogue;

12

13

14

15

(b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted an enterprise crime offence or a designated drug offence.

b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada qui, au Canada, aurait constitué une infraction de criminalité organisée ou une infraction désignée en matière de drogue.

16 A similar offence is contained in the *Narcotic Control Act*:

La *Loi sur les stupéfiants* prévoit une infraction semblable:

19.2 (1) No person shall use, transfer the possession of, send or deliver to any person or place, transport, transmit, alter, dispose of or otherwise deal with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of

19.2 (1) Commet une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement:

(a) the commission in Canada of an offence under section 4, 5 or 6; or

a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction prévue aux articles 4, 5 ou 6;

(b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted an offence under section 4, 5, or 6.

b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada et qui, au Canada, aurait constitué une telle infraction.

17 The relevant provisions of the *Criminal Code* which provide criminal liability for attempt and conspiracy are:

Les dispositions du *Code criminel* relatives à la responsabilité pénale en matière de tentative et de complot sont les suivantes:

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.

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) 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.

(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.

465. (1) Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of conspiracy:

465. (1) Sauf disposition expressément contraire de la loi, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des complots:

(c) every one who conspires with any one to commit an indictable offence not provided for in paragraph (a) or (b) is guilty of an indictable offence and liable to the same punishment as that to which an accused who is guilty of that offence would, on conviction, be liable;

c) quiconque complotte avec quelqu'un de commettre un acte criminel que ne vise pas l'alinéa a) ou b) est coupable d'un acte criminel et passible de la même peine que celle dont serait passible, sur déclaration de culpabilité, un prévenu coupable de cette infraction;

Finally, the role of the extradition judge in a committal hearing is provided for under the *Extradition Act*, as amended by S.C. 1992, c. 13. In particular, the following provisions are relevant to this appeal:

9. . . .

(3) For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge who is a superior court judge or a county court judge has, with respect to the functions that that judge is required to perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge or a county court judge.

13. The fugitive referred to in section 12 shall be brought before a judge, who shall, subject to this Part, hear the case, in the same manner, as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada.

18. (1) The judge shall issue a warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law,

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify the committal of the fugitive for trial, if the crime had been committed in Canada.

III. Judgments Below

A. *Ontario Court of Justice (General Division)*, [1994] O.J. No. 3940 (QL)

Keenan J. held that the wiretap evidence “if legally admissible, is sufficient evidence upon which a properly instructed jury could find that Dynar and Cohen had agreed to engage in a scheme to launder illicit funds and that Cohen’s meeting with McCarthy in Buffalo was an act in furtherance of that conspiracy” (para. 3). He was also of the view that the conduct of Dynar and Cohen could constitute the offence of attempt to launder proceeds of crime.

18

Finally, the *Loi sur l’extradition*, modifiée par L.C. 1992, ch. 13, détermine le rôle du juge d’extradition à l’audience relative à l’incarcération. Les dispositions suivantes sont particulièrement pertinentes dans le présent pourvoi:

9. . . .

(3) Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un juge de cour supérieure ou de cour de comté conserve les compétences qu’il a en cette qualité, dans l’exercice des fonctions qu’il est tenu d’accomplir en appliquant la présente loi.

13. Le fugitif doit comparaître devant un juge; l’audition se déroule, dans la mesure du possible et sous réserve des autres dispositions de la présente partie, comme s’il comparait devant un juge de paix pour un acte criminel commis au Canada.

18. (1) Le juge délivre un mandat de dépôt portant incarcération du fugitif dans la prison appropriée la plus rapprochée en attendant la remise de celui-ci à l’État étranger ou sa libération conformément à la loi:

b) dans le cas où le fugitif n’est qu’accusé d’un crime donnant lieu à l’extradition, lorsque les éléments de preuve produits justifieraient en droit canadien, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, sa citation à procès si le crime avait été commis au Canada.

III. Juridictions inférieures

A. *La Cour de justice de l’Ontario (Division générale)*, [1994] O.J. No. 3940 (QL)

19

Le juge Keenan a décidé que la preuve recueillie par écoute électronique, [TRADUCTION] «si elle est admissible, suffit pour qu’un jury qui a reçu des directives appropriées conclu que Dynar et Cohen avaient convenu de participer à l’exécution d’un projet de recyclage de fonds obtenus illicitement et que la rencontre de Cohen avec McCarthy à Buffalo était un acte accompli en vue de la réalisation de ce complot» (par. 3). Il était aussi d’avis que les agissements de M. Dynar et de M. Cohen pouvaient constituer l’infraction de tentative de recyclage des produits de la criminalité.

20 Keenan J. noted that the wiretap interceptions were made “without reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed” (para. 5). The interceptions were part of a “sting” operation and the money laundering scheme did not exist. He noted that, if the judicial authorization for the wiretap had been sought in Canada, it would have been refused. However, *Charter* relief was not available because the infringement was not the result of Canadian state action, and did not involve the cooperation of the Canadian authorities. He held that the mere fact that the evidence was used in Canadian extradition proceedings did not engage the *Charter*.

21 Keenan J. stated that the 1992 amendments to the *Extradition Act* were intended to overcome problems of delays and multiplicity of proceedings in extradition matters. Section 9(3) of the *Extradition Act* removes the necessity for a fugitive in an extradition proceeding to seek *Charter* relief by way of an application for *habeas corpus*. The extradition judge, as a superior court judge, is a “court of competent jurisdiction” for the purposes of s. 24 of the *Charter*. But the provision restricts the power of the extradition judge to grant any such relief to the functions the judge performs under the Act. As a result, Keenan J. was of the view that the availability of *Charter* relief in a committal proceeding is limited to infringements that directly affect the hearing and the procedures set out in the Act, and may also include questions of unreasonable delay. However since no *Charter* violation had been committed by a Canadian government actor, it was not necessary to explore the scope of available *Charter* relief under s. 9(3).

22 Keenan J. acknowledged that the role of the extradition judge under the *Extradition Act* is a modest one. It is limited to examining the evidence submitted to ensure that it complies with the Act,

Le juge Keenan a fait remarquer que l’interception des conversations au moyen de l’écoute électronique avait été faite [TRADUCTION] «sans motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction avait été commise» (par. 5). L’interception faisait partie d’une opération d’infiltration et il n’y avait pas de projet de recyclage d’argent. Il a noté que, si l’autorisation judiciaire de faire l’écoute électronique avait été demandée au Canada, elle n’aurait pas été obtenue. Par ailleurs, on ne pouvait exercer un recours fondé sur la *Charte*, parce que l’atteinte ne résultait pas de l’action de l’État canadien et que les autorités canadiennes n’y avaient pas collaboré. Il a conclu que le simple fait que la preuve ait été utilisée dans des procédures d’extradition canadiennes n’entraînait pas l’application de la *Charte*.

Le juge Keenan a affirmé que les modifications apportées en 1992 à la *Loi sur l’extradition* visaient à résoudre le problème des retards et de la multiplicité des procédures en matière d’extradition. Le paragraphe 9(3) de la *Loi sur l’extradition* supprime l’obligation faite au fugitif dans une instance d’extradition de présenter une demande d’*habeas corpus* pour obtenir une réparation fondée sur la *Charte*. Le juge d’extradition, à titre de juge d’une cour supérieure, est un «tribunal compétent» pour l’application de l’art. 24 de la *Charte*. Mais la disposition limite le pouvoir du juge d’extradition d’accorder cette réparation aux fonctions que le juge exerce en vertu de la Loi. Par conséquent, le juge Keenan était d’avis que la possibilité de demander une réparation fondée sur la *Charte* dans une procédure relative à l’incarcération est limitée aux atteintes qui affectent directement l’audience et les procédures établies par la Loi, et peut aussi inclure les retards abusifs. Cependant, étant donné qu’aucun représentant du gouvernement canadien n’avait enfreint la *Charte*, il n’était pas nécessaire d’examiner l’étendue des réparations fondées sur la *Charte* admises sous le régime du par. 9(3).

Le juge Keenan a reconnu que le rôle dévolu au juge d’extradition sous le régime de la *Loi sur l’extradition* est modeste. Il se limite à l’examen de la preuve produite pour s’assurer qu’elle est con-

and that it is sufficient to disclose conduct which would constitute an offence if it had been carried out in Canada. Although the evidence in the case at bar did meet this test, Keenan J. felt it necessary to comment on the method by which the evidence had been gathered by the Requesting State as part of his reporting function under s. 19(b) of the *Extradition Act*.

In his report to the Minister of Justice, Keenan J. was critical of the conduct of the American authorities. He characterized their actions in investigating Mr. Dynar as a cross-border “fishing expedition” that showed lack of respect for Canadian sovereignty. He condemned the FBI for failing to make use of mutual legal assistance treaties to request Canadian assistance in gathering evidence in Canada, and concluded that “[w]hether deliberately or inadvertently, the F.B.I. agents ignored the principles of international comity and treated Canada as a part of their own jurisdiction for gathering evidence” (para. 30). He expressed the opinion that Agent Matthews did not have reasonable grounds for believing that an offence was being or would be committed.

Nonetheless, Keenan J. thought that all requirements for Mr. Dynar’s extradition had been properly fulfilled and issued a warrant of committal for him.

B. *Minister of Justice*

The Minister of Justice wrote to counsel for Mr. Dynar, indicating that although the extent of the involvement of Canadian law enforcement officials in the investigation had not been disclosed prior to the committal hearing, he was not persuaded that the hearing should be re-opened. Although Keenan J. commented on the lack of Canadian involvement in his reasons for committal, “this did not form the basis for his decision that the Charter did not apply to the evidence gathering process of the American authorities in this case”.

forme aux exigences de la Loi et qu’elle suffit pour révéler une conduite qui constituerait une infraction si elle avait eu lieu au Canada. Bien que la preuve en l’espèce satisfaisait à ce critère, le juge Keenan a cru nécessaire de faire des commentaires, dans le cadre de son obligation de présenter un rapport en vertu de l’al. 19b) de la *Loi sur l’extradition*, sur la méthode utilisée par l’État requérant pour recueillir cette preuve.

Dans son rapport au ministre de la Justice, le juge Keenan s’est montré sévère à l’égard de la conduite des autorités américaines. Il a qualifié leur action dans l’enquête sur M. Dynar de «recherche à l’aveuglette» transfrontalière qui dénote un manque de respect pour la souveraineté du Canada. Il a condamné le FBI pour n’avoir pas invoqué les traités d’entraide judiciaire afin d’obtenir l’aide du Canada pour recueillir des éléments de preuve au Canada, et il a conclu que [TRADUCTION] «[d]élibérément ou accidentellement, les agents du FBI ont fait fi de la courtoisie entre nations et ont agi comme si le Canada relevait de leur compétence à des fins de recherche de la preuve» (par. 30). Il s’est dit d’avis que l’agent Matthews n’avait pas de motifs raisonnables de croire qu’une infraction était en train d’être commise ou le serait.

Néanmoins, le juge Keenan a conclu que toutes les conditions pour l’extradition de M. Dynar avaient été remplies et il a décerné un mandat de dépôt contre lui.

B. *Le ministre de la Justice*

Le ministre de la Justice a écrit à l’avocat de M. Dynar pour lui faire savoir que, bien que la participation des agents canadiens à l’enquête n’ait pas été divulguée préalablement à l’audience relative à l’incarcération, il n’était pas convaincu qu’il y avait lieu de rouvrir les débats. Bien que le juge Keenan ait fait des remarques, dans les motifs de la décision portant incarcération, sur l’absence de participation du Canada, [TRADUCTION] «cela ne constituait pas le fondement de sa conclusion voulant que la Charte ne s’applique pas au processus de recherche et de découverte de la preuve des autorités américaines en l’espèce».

23

24

25

- 26 The Minister stressed the fact that the investigations were conducted in the United States, and that Mr. Dynar's conversations were intercepted there. As a result, he was of the view that s. 24(2) of the *Charter* could not be applied to exclude the evidence gathered in the United States. Although he recognized that his decision to surrender Mr. Dynar must comply with the *Charter*, and that extradition in certain circumstances may violate the principles of fundamental justice, he concluded that there was nothing about Mr. Dynar's case that would render his surrender unacceptable or oppressive.
- Le ministre a souligné que les enquêtes avaient été menées aux États-Unis et que c'est dans ce pays que les conversations de M. Dynar avaient été interceptées. Par conséquent, il était d'avis que le par. 24(2) de la *Charte* ne pouvait être appliqué de manière à écarter les éléments de preuve recueillis aux États-Unis. Bien qu'il ait convenu que sa décision d'extrader M. Dynar devait être conforme aux dispositions de la *Charte*, et que l'extradition dans certaines circonstances puisse violer les principes de justice fondamentale, il a conclu qu'aucun des éléments du dossier de M. Dynar ne rendait son extradition inacceptable ou abusive.
- 27 The Minister rejected Mr. Dynar's counsel's submissions that Mr. Dynar's age and health justified a refusal of surrender. Nothing indicated that Mr. Dynar was unfit for trial, and there was no evidence that extradition would aggravate his medical condition. Furthermore, if treatment was required it would be available in the United States.
- Le ministre a rejeté l'allégation de l'avocat de M. Dynar selon laquelle l'âge et la santé de M. Dynar justifiaient le rejet de la demande d'extradition. Rien n'indiquait que M. Dynar était incapable de subir son procès, et aucune preuve n'a été présentée quant à une aggravation possible de son état de santé s'il était extradé. De plus, si un traitement était requis, il serait disponible aux États-Unis.
- 28 The Minister signed the warrants of surrender for Mr. Dynar.
- Le ministre a signé les mandats d'extradition de M. Dynar.
- C. *Ontario Court of Appeal* (1995), 25 O.R. (3d) 559
- C. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1995), 25 O.R. (3d) 559
- 29 Galligan J.A. set out the issue presented by this case. United States law allows conviction of persons caught in money-laundering "sting" operations, but Canadian law does not. In particular, the Canadian offence of money-laundering requires not only that the money must be the actual proceeds of crime, but also that the accused have knowledge of that fact. The American offence is complete if the person acts on a representation that the property is the proceeds of crime. The money does not have to be the proceeds of crime, and no actual knowledge is required.
- Le juge Galligan a énoncé la question soulevée en l'espèce. Le droit américain permet la condamnation des personnes impliquées dans le recyclage d'argent au terme d'une opération d'infiltration policière, mais le droit canadien ne le permet pas. Plus particulièrement, la constitution de l'infraction canadienne de recyclage des produits de la criminalité exige non seulement que l'argent recyclé soit effectivement le produit de la criminalité, mais aussi que l'accusé l'ait su. L'infraction américaine est consommée dès que la personne passe à l'action après avoir été informée que le bien est le produit de la criminalité. Il n'est pas nécessaire que l'argent soit effectivement le produit de la criminalité et la connaissance véritable des faits n'est pas nécessaire.
- 30 Galligan J.A. recognized that the test for establishing an extradition crime is conduct-based.
- Le juge Galligan a reconnu que le critère permettant d'établir s'il y a eu perpétration d'un crime

However since actual knowledge is required for the substantive offences of money laundering under the *Criminal Code* and the *Narcotic Control Act*, he was of the view that “it would be manifestly unjust to use the law relating to attempts and conspiracy to elevate conduct which does not amount to an extradition crime into conduct which does” (p. 567).

Galligan J.A. did not find it necessary to consider the theory of impossible attempts, characterizing the real issue as whether a different mental element can be the basis for the offence of attempt or conspiracy than is required for the substantive offence. In his view, knowledge and belief are discrete states of mind that are not the same for legal purposes. The intention for the offence of attempt must mirror the intention for the corresponding substantive offence. Since knowledge is essential for the substantive offence of money laundering, the offence of attempt to launder money is only made out if the accused intends to deal with money knowing that it is derived from crime.

Furthermore, Galligan J.A. indicated that the essence of a conspiracy under the *Criminal Code* is an agreement to commit an indictable offence. The agreement between Dynar and Cohen was an agreement to deal with money believed to be the proceeds of crime, which is not an offence in Canada. He could not justify the substitution of the mental element of belief for knowledge when the charge is conspiracy to launder money. In the absence of knowledge, the agreement between Dynar and Cohen was not a conspiracy to launder money either under the *Criminal Code* or the *Narcotic Control Act*.

In the result, Galligan J.A. was of the view that the conduct of Mr. Dynar did not constitute an

donnant lieu à l’extradition repose sur la conduite. Cependant, étant donné que le *Code criminel* et la *Loi sur les stupéfiants* font de la connaissance véritable des faits un élément de l’infraction de recyclage des produits de la criminalité, il était d’avis qu’ [TRADUCTION] «il serait manifestement injuste de se servir des règles du droit relatives aux tentatives et aux complots pour élever au rang de crime donnant lieu à l’extradition une conduite qui n’est pas de cette nature» (p. 567).

Le juge Galligan a conclu qu’il n’était pas nécessaire de prendre en considération la théorie des tentatives d’infractions impossibles, statuant que la vraie question était de savoir si l’élément moral de l’infraction de tentative ou de complot peut être différent de celui de l’infraction matérielle précise. Selon lui, la connaissance et la croyance sont des états d’esprit distincts en droit. L’intention de l’infraction de tentative doit être le reflet de l’intention de l’infraction matérielle précise correspondante. Étant donné que la connaissance est essentielle à la perpétration de l’infraction de recyclage des produits de la criminalité, la tentative de recyclage des produits de la criminalité ne peut être constituée que si l’accusé a l’intention d’utiliser de l’argent qu’il sait être d’origine criminelle.

En outre, le juge Galligan a indiqué que l’absence d’un complot au sens du *Code criminel* est l’entente en vue de commettre un acte criminel. L’accord conclu entre M. Dynar et M. Cohen était une entente en vue d’utiliser de l’argent qu’ils croyaient être le produit de la criminalité, ce qui ne constitue pas une infraction au Canada. Il ne pouvait pas justifier la substitution de l’élément moral, savoir le remplacement de la connaissance par la croyance, dans le cas d’une accusation de complot en vue de recycler des produits de la criminalité. Faute de connaissance, l’accord conclu entre M. Dynar et M. Cohen n’était pas un complot en vue de recycler des produits de la criminalité en vertu du *Code criminel* ni en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*.

Par conséquent, le juge Galligan était d’avis que la conduite de M. Dynar ne constituait pas une

31

32

33

offence in Canada, and therefore he was not extraditable. Furthermore, since Mr. Dynar should have been discharged under s. 18(2) of the *Extradition Act*, the Minister was not entitled to order his surrender. The appeal from the committal and the application for judicial review of the Minister's surrender decision were therefore allowed, both decisions were set aside and Mr. Dynar was discharged.

infraction au Canada et que ce dernier ne pouvait être extradé. De plus, comme M. Dynar aurait dû être libéré en application du par. 18(2) de la *Loi sur l'extradition*, le ministre n'avait pas le droit d'ordonner son extradition. L'appel formé contre l'incarcération et la demande de contrôle judiciaire de la décision d'extradition prise par le ministre ont donc été accueillis, les deux décisions ont été annulées et M. Dynar a été libéré.

³⁴ Finally, Galligan J.A. disagreed with Keenan J.'s opinion that the American authorities had entrapped Mr. Dynar. He was of the view that there was a basis for reasonable suspicion that an offence was being committed after Mr. Dynar made his first attempt to contact his Las Vegas associate. Furthermore, the American officer did not go beyond providing Mr. Dynar with an opportunity to commit the offence. No improper inducement was offered. Finally, Galligan J.A. found no basis in the evidence for criticizing the conduct of the American investigators. The additional evidence disclosed after the hearing also revealed appropriate respect for Canadian sovereignty and adequate consultation between American and Canadian law enforcement officials.

Finalement, le juge Galligan s'est dit en désaccord avec l'opinion du juge Keenan selon laquelle les autorités américaines avaient piégé M. Dynar. Il était d'avis qu'il y avait des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction était en train d'être commise après que M. Dynar eut tenté pour la première fois de communiquer avec son associé de Las Vegas. En outre, l'agent américain s'est contenté de fournir à M. Dynar l'occasion de commettre l'infraction. Il n'y a eu aucune incitation induite. Finalement, le juge Galligan a conclu que la preuve ne comportait aucun élément permettant de critiquer la conduite des enquêteurs américains. Les autres éléments de preuve divulgués après l'audience ont révélé le respect voulu pour la souveraineté du Canada et une consultation adéquate des agents américains avec les agents canadiens chargés d'appliquer la loi.

IV. Issues

IV. Les questions en litige

³⁵ The major issue which arises on the appeal is whether Mr. Dynar's conduct would have amounted to an offence under Canadian law if it had occurred in Canada. This question in turn has two parts: whether an accused who attempts to do the "impossible" may be guilty of attempt and whether an accused who conspires with another to do the impossible may be guilty of conspiracy.

La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si les agissements de M. Dynar auraient constitué une infraction en vertu du droit canadien s'ils avaient eu lieu au Canada. Cette question se divise en deux parties: l'accusé qui tente d'accomplir l'«impossible» peut-il être coupable de tentative et l'accusé qui complot avec un tiers en vue d'accomplir l'«impossible» peut-il être coupable de complot?

³⁶ On the cross-appeal the issue presented is whether the Canadian authorities violated Mr. Dynar's constitutionally guaranteed right to a fair hearing by failing to disclose to Mr. Dynar

Quant au pourvoi incident, la question est de savoir si les autorités canadiennes ont porté atteinte au droit de M. Dynar à un procès équitable, lequel est garanti par la Constitution, en ne

details of official Canadian involvement in the U.S. investigation of him.

V. Analysis

A. *The Criminality of Mr. Dynar's Conduct Under Canadian Law*

(1) Introduction

In our view, Mr. Dynar's conduct would have amounted to a criminal attempt and a criminal conspiracy under Canadian law.

An accused may not be extradited from Canada unless it appears that his conduct, if it had taken place in Canada, would have amounted to a crime under the laws of this country. See *Extradition Act*, s. 18(1)(b). Mr. Dynar resists extradition on the ground that he did nothing that the criminal law of Canada proscribes. The appellants answer that, if Mr. Dynar had done in Canada what he did (telephonically) in the United States, he would have been guilty of the crimes of attempt and conspiracy.

It is clear that, if Mr. Dynar had successfully consummated in Canada a scheme like the one that he embarked upon in the United States, he would not have been guilty of any completed offence known to the law of Canada. The conversion of monies that are believed to be the proceeds of crime but that are not in fact the proceeds of crime was, at the relevant time in the history of this proceeding, not an offence in Canada.

There were two statutory provisions (s. 462.31(1) of the *Criminal Code* and s. 19.2(1) of the *Narcotic Control Act*) under which Canadian authorities might have prosecuted money-laundering schemes like the one that Mr. Dynar attempted to consummate. However, both required that an accused, if he was to be convicted, should have known that the money he converted was the proceeds of crime:

462.31 (1) Every one commits an offence who uses, transfers the possession of, sends or delivers to any person or place, transports, transmits, alters, disposes of or

communiquant pas à M. Dynar des renseignements concernant la participation officielle du Canada à l'enquête que les É.-U. menaient sur lui.

V. Analyse

A. *Le caractère criminel des agissements de M. Dynar en droit canadien*

(1) Introduction

À notre avis, les agissements de M. Dynar auraient constitué une tentative et un complot criminels en droit canadien.

L'accusé ne peut être extradé du Canada, sauf s'il apparaît que ses agissements, s'ils avaient eu lieu au Canada, auraient constitué un crime en droit canadien; voir la *Loi sur l'extradition*, al. 18(1)(b). M. Dynar s'oppose à son extradition pour le motif qu'il n'a rien fait qui soit prohibé par le droit pénal canadien. Les appelants soutiennent que, si M. Dynar avait fait au Canada ce qu'il a fait (par téléphone) aux États-Unis, il serait coupable des crimes de tentative et de complot.

Il est clair que, si M. Dynar avait mis à exécution au Canada, un projet comme celui dans lequel il s'est engagé aux États-Unis, il n'aurait été coupable d'aucune infraction consommée connue en droit canadien. Le recyclage de sommes d'argent que l'on croit être des produits de la criminalité, mais qui dans les faits n'en sont pas, n'était pas, à l'époque en cause dans le présent pourvoi, une infraction au Canada.

Deux dispositions législatives (le par. 462.31(1) du *Code criminel* et le par. 19.2(1) de la *Loi sur les stupéfiants*) permettaient aux autorités canadiennes de poursuivre les auteurs de projets de recyclage d'argent du type de celui que M. Dynar a essayé de réaliser. Toutefois, pour que l'accusé puisse être déclaré coupable, l'une et l'autre nécessitaient que celui-ci ait su que l'argent à convertir était le produit de la criminalité:

462.31 (1) Est coupable d'une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte,

37

38

39

40

otherwise deals with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of [the commission of a designated offence].

19.2 (1) No person shall use, transfer the possession of, send or deliver to any person or place, transport, transmit, alter, dispose of or otherwise deal with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of [the commission of a designated offence]. [Emphasis added.]

41 Because it is not possible to know what is false, no one who converts money that is not in fact the proceeds of crime commits these offences. This is clear from the meaning of the word “know”. In the Western legal tradition, knowledge is defined as true belief: “The word ‘know’ refers exclusively to true knowledge; we are not said to ‘know’ something that is not so” (Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 160).

42 Consistently with Professor Williams’ definition of “knowledge”, this Court has said previously that proof of knowledge requires proof of truth. For example, in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, the Court had to consider the validity of a provision that criminalized the wilful publication of a statement that the publisher knows to be false. The Court interpreted this provision to require a showing by the Crown that the accused published a statement that was in fact false (at p. 747).

43 Other decisions are to a similar effect. In *R. v. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171, at p. 177, the Manitoba Court of Appeal declared that “[i]n order for an accused to be found guilty of the offence of receiving . . . goods [knowing them to have been stolen] it is essential the Crown prove

modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l’intention de les cacher ou de les convertir sachant qu’ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement [de la perpétration d’une infraction désignée].

19.2 (1) Commet une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l’intention de les cacher ou de les convertir sachant qu’ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement [de la perpétration d’une infraction désignée]. [Nous soulignons.]

Parce que celui qui «sait» connaît forcément la vérité, nul ne commet ces infractions s’il convertit de l’argent qui n’est pas effectivement le produit de la criminalité. Cette conclusion ressort clairement du sens du mot «savoir». Dans la tradition juridique occidentale, la connaissance s’entend de la croyance conforme à la réalité: [TRADUCTION] «Le mot «savoir» renvoie exclusivement à la connaissance véritable; l’on ne peut affirmer «savoir» sans connaître la vérité» (Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), à la p. 160).

En accord avec la définition donnée au mot «connaissance» par le professeur Williams, notre Cour a dit précédemment que pour prouver la connaissance, il faut établir la réalité de l’objet «connu». Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, la Cour a examiné la validité d’une disposition incriminant la publication intentionnelle d’une déclaration que l’éditeur savait fausse. La Cour a interprété cette disposition comme exigeant du ministère public la preuve que l’accusé avait publié une déclaration qui était bel et bien fausse (à la p. 747).

D’autres décisions vont dans le même sens. Dans l’arrêt *R. c. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171, à la p. 177, la Cour d’appel du Manitoba a déclaré que [TRADUCTION] «[p]our qu’un accusé soit déclaré coupable du recel [. . .] de biens [sachant que ce sont des biens volés], il est essen-

beyond reasonable doubt . . . [t]hat the goods are stolen goods”. Twenty-five years later, the same court held, in *R. v. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238, at p. 307, that the offence of “publishing a defamatory libel known to be false” will be established only upon a showing that the libel actually is false.

The one apparently discordant note was sounded in a decision called *R. v. Irwin*, [1968] 2 C.C.C. 50 (Alta. S.C.A.D.), in which it was held that an accused who sold drugs to an undercover police officer for the stated purpose of helping to procure the miscarriage of a woman was guilty of the offence of “suppl[ying] . . . a . . . noxious thing . . . knowing that it is intended to be used or employed to procure the miscarriage of a female person”. The Appellate Division reached this conclusion even though the undercover police officer did not intend to procure a miscarriage. On appeal, this Court affirmed the decision of the Appellate Division, but on the ground that the words “knowing that it is intended to be used or employed to procure the miscarriage of a female person” referred to the intention of the one selling the noxious thing, not to the intention of the one purchasing it. Because the accused certainly knew his own intention, which was to sell noxious things for the purpose of assisting in the procurement of a miscarriage, the Court held that the knowledge requirement had been satisfied. See *Irwin v. The Queen*, [1968] S.C.R. 462, at p. 465. Thus, *Irwin* is ultimately consistent with the other cases on the meaning of the word “knowing”. The Court did not hold in *Irwin* that it is possible to know something that is not the case. It held rather that the accused did know what the statute required him to know, which was his own intention.

As further support for the view that knowledge implies truth, the respondent points to a bill (Bill C-17) that Parliament has introduced to amend the money-laundering provisions to replace the word “knowing” with the words “knowing or believing”. This might be taken to suggest that, in the judgment of Parliament, the present money-lau-

tiel que le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable [. . .] [q]ue les biens sont des biens volés». Vingt-cinq ans plus tard, la même cour a statué, dans l’arrêt *R. c. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238, à la p. 307, que pour établir la perpétration de l’infraction de «publication d’un libelle diffamatoire que l’on sait être faux», il faut absolument prouver que, de fait, le libelle est faux.

La seule note apparemment discordante est l’arrêt *R. c. Irwin*, [1968] 2 C.C.C. 50 (C.S.D.A. Alb.), où la cour a statué qu’un accusé qui avait vendu de la drogue à un policier en civil, en vue d’aider à provoquer l’avortement d’une femme, était coupable de l’infraction de «fourni[r] [. . .] une [. . .] substance délétère [. . .] sachant qu’elle est destinée à être employée ou utilisée pour obtenir l’avortement d’une personne du sexe féminin». La Division d’appel a tiré cette conclusion même si le policier en civil n’avait pas l’intention d’obtenir un avortement. En appel, notre Cour a confirmé l’arrêt de la division d’appel, mais pour le motif que les mots «sachant qu’elle est destinée à être employée ou utilisée pour obtenir l’avortement d’une personne du sexe féminin» renvoyaient à l’intention de la personne qui vendait la substance délétère, non à celle de la personne qui l’achetait. Puisque l’accusé connaissait certainement sa propre intention, qui était de vendre une substance délétère en vue de fournir à quelqu’un les moyens d’obtenir un avortement, la Cour a conclu que l’exigence en matière de connaissance avait été respectée; voir *Irwin c. The Queen*, [1968] R.C.S. 462, à la p. 465. En définitive, l’arrêt *Irwin* est compatible avec les autres décisions portant sur le sens du mot «sachant». La Cour n’a pas conclu dans *Irwin* qu’il était possible de savoir sans connaître la vérité. Elle a plutôt conclu que l’accusé savait bel et bien ce que la loi exigeait qu’il sache, soit sa propre intention.

Toujours à l’appui du point de vue voulant que la connaissance suppose la vérité, l’intimé invoque un projet de loi fédéral (Projet de loi C-17) visant à modifier les dispositions relatives au recyclage des produits de la criminalité de manière à remplacer le mot «sachant» par les mots «sachant ou croyant». Les modifications envisagées pourraient

44

45

dering provisions do not contemplate punishment of one who merely believes that he is converting the proceeds of crime. But in our view this argument is misconceived. What legal commentators call “subsequent legislative history” can cast no light on the intention of the enacting Parliament or Legislature. At most, subsequent enactments reveal the interpretation that the present Parliament places upon the work of a predecessor. And, in matters of legal interpretation, it is the judgment of the courts and not the lawmakers that matters. It is for judges to determine what the intention of the enacting Parliament was.

⁴⁶ Parliament itself recognized as much, when, in the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(3), it declared:

The repeal or amendment of an enactment in whole or in part shall not be deemed to be or to involve any declaration as to the previous state of the law.

Moreover, to consult “subsequent legislative history” as an aid to the interpretation of prior enactments would be to give the subsequent enactments retroactive effect; and, as this Court has often observed, statutes are not to be given retroactive effect except in the clearest of cases:

The situation is completely different with respect to a statute subsequent in time to the facts which gave rise to the action. The construction of prior legislation is then exclusively a matter for the courts. In refraining from giving the new enactment retroactive or declaratory effect, the legislator avoids expressing an opinion on the previous state of the law, leaving it to the courts.

(*Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, at p. 667.)

⁴⁷ Because the money that the U.S. undercover agents asked Mr. Dynar to launder was not in fact the proceeds of crime, Mr. Dynar could not possibly have known that it was the proceeds of crime. Therefore, even if he had brought his plan to fruition, he would not have been guilty of any com-

donner à penser que, dans l’esprit du législateur, les dispositions actuelles relatives au recyclage d’argent ne visent pas à punir celui qui croit simplement qu’il convertit les produits de la criminalité. Mais d’après nous, cet argument repose sur une erreur de raisonnement. Ce que les auteurs appellent l’«évolution législative subséquente» ne peut jeter aucune lumière sur l’intention du législateur, qu’il soit fédéral ou provincial. Tout au plus, les modifications législatives révèlent l’interprétation que le législateur actuel donne à l’œuvre d’un prédécesseur. Et, en matière d’interprétation de la loi, c’est le jugement des tribunaux, et non celui des législateurs, qui importe. Il appartient aux juges de déterminer quelle était l’intention du législateur qui a adopté la loi.

Le législateur lui-même l’a admis dans la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, au par. 45(3):

L’abrogation ou la modification, en tout ou en partie, d’un texte ne constitue pas ni n’implique une déclaration sur l’état antérieur du droit.

De plus, la consultation de l’«évolution législative subséquente» comme aide à l’interprétation de lois antérieures reviendrait à accorder aux lois adoptées subséquemment un effet rétroactif, et, comme notre Cour l’a fait observer à maintes reprises, les lois ne doivent pas être appliquées rétroactivement sauf dans les cas les plus clairs:

La situation est toute autre lorsque l’on est en présence d’une loi subséquente aux faits qui ont donné lieu au litige. La décision sur le sens de la législation antérieure est alors du ressort exclusif des tribunaux. En s’abstenant de donner au texte nouveau l’effet rétroactif ou déclaratoire, le législateur évite de se prononcer sur l’état antérieur du droit et laisse aux tribunaux le soin de le faire.

(*Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, à la p. 667).

Étant donné que l’argent que les agents d’infiltration américains ont demandé à M. Dynar de recycler n’était pas réellement le produit de la criminalité, M. Dynar ne pouvait savoir qu’il s’agissait du produit de la criminalité. Par conséquent, même s’il avait pu réaliser son projet, il n’aurait

pleted offence known to Canadian law. But this is not the end of the story.

We conclude that the steps that Mr. Dynar took towards the realization of his plan to launder money would have amounted to a criminal attempt and a criminal conspiracy under Canadian law if the conduct in question had taken place entirely within Canada. We reach our conclusion on the basis of the wording in the applicable provisions of the *Criminal Code* interpreted in the light of the underlying theory of impossible attempts and conspiracies.

(2) The Law of Attempt

The *Criminal Code* creates the crime of attempt to commit an offence:

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. [Emphasis added.]

On its face, the statute is indifferent about whether or not the attempt might possibly have succeeded. Therefore it would seem, at first blush, not to matter that Mr. Dynar could not possibly have succeeded in laundering money known to be the proceeds of crime. So long as he attempted to do so, he is guilty of a crime.

In our view, s. 24(1) is clear: the crime of attempt consists of an intent to commit the completed offence together with some act more than merely preparatory taken in furtherance of the attempt. This proposition finds support in a long line of authority. See, e.g., *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18 (Ont. C.A.), at p. 29; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, at p. 247; *R. v. Deutsch*, [1986] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-26; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 19. In this case, sufficient evidence was produced to show that Mr. Dynar intended to commit the money-laundering offences, and that he took steps more than merely preparatory in order to realize his intention. That is

été coupable d'aucune infraction consommée connue en droit canadien. Mais ce n'est pas tout.

Nous concluons que les efforts déployés par M. Dynar en vue de la réalisation de son projet de recyclage d'argent auraient constitué une tentative et un complot criminels en droit canadien si tous les agissements en question avaient eu lieu au Canada. Nous arrivons à cette conclusion en nous fondant sur le libellé des dispositions applicables du *Code criminel*, que nous interprétons à la lumière de la théorie sous-jacente des tentatives d'infractions et des complots impossibles.

(2) Le droit applicable en matière de tentative

Le *Code criminel* incrimine la tentative d'infraction:

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. [Nous soulignons.]

À première vue, le législateur ne s'intéresse pas au résultat. Par conséquent, il importe peu, de prime abord, qu'il soit impossible pour M. Dynar de recycler des sommes d'argent qu'il sait être les produits de la criminalité. Il suffit qu'il ait tenté de le faire pour être coupable d'un crime.

À notre avis, le par. 24(1) est clair: le crime de tentative consiste en l'intention de commettre l'infraction, constituée dans tous ses éléments, jointe à l'accomplissement d'actes dépassant le stade des actes simplement préparatoires à l'infraction. Cette proposition s'appuie sur de nombreuses décisions. Voir, p. ex., *R. c. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18 (C.A. Ont.), à la p. 29; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, à la p. 247; *R. c. Deutsch*, [1986] 2 R.C.S. 2, aux pp. 19 à 26; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, au par. 19. En l'espèce, suffisamment d'éléments de preuve ont été produits pour établir que M. Dynar avait l'intention de commettre l'infraction de recyclage des produits de la criminalité et qu'il a pris des moyens, qui ne sont pas simplement des actes préparatoires, pour concrétiser son intention. Cela suffit pour établir qu'il a tenté de

48

49

50

enough to establish that he attempted to launder money contrary to s. 24(1) of the *Criminal Code*.

51 However, the respondent argues that Parliament did not intend by s. 24(1) to criminalize all attempts to do the impossible, but only those attempts that the common law has classified as “factually impossible”. An attempt to do the factually impossible, according to the respondent, is an attempt that runs up against some intervening obstacle and for that reason cannot be completed. The classic example involves a pickpocket who puts his hand into a man’s pocket intending to remove the wallet, only to find that there is no wallet to remove.

52 Traditionally, this sort of impossibility has been contrasted with “legal impossibility”. An attempt to do the legally impossible is, according to those who draw the distinction, an attempt that must fail because, even if it were completed, no crime would have been committed. See Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at pp. 355-56.

53 According to the respondent, the *Criminal Code* criminalizes only attempts to do the factually impossible. An attempt to do the legally impossible, in the absence of an express legislative reference to that variety of impossibility, is not a crime.

54 As support for this interpretation, the respondent offers two arguments. The first is that Parliament based s. 24(1) on an English provision whose purpose was to overrule a decision of the House of Lords that had made factual impossibility a defence. See Barry Brown, “‘Th’ attempt, and not the deed, Confounds us’: Section 24 and Impossible Attempts” (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 225, at pp. 228-29. On the strength of this argument, the New Zealand Court of Appeal accepted that New Zealand’s equivalent to s. 24(1) criminalizes attempts whose completion is factually impossible but not those whose completion is legally impossible. See *R. v. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980 (C.A.), at pp. 984 and 988.

recycler des produits de la criminalité en contravention du par. 24(1) du *Code criminel*.

Cependant, l’intimé soutient que le législateur n’avait pas l’intention, par l’adoption du par. 24(1), d’incriminer toutes les tentatives d’infractions impossibles, mais seulement celles que la common law a rangées dans la catégorie des «impossibilités de fait». Selon l’intimé, en cas d’impossibilité de fait, le projet criminel se heurte à un obstacle et pour cette raison, il échoue. Le voleur à la tire qui plonge la main dans la poche d’un passant avec l’intention d’en retirer le porte-monnaie et découvre que la poche est vide, en est l’exemple typique.

Traditionnellement, ce genre d’impossibilité a été opposée à l’«impossibilité de droit». Selon ceux qui font cette distinction, dans ce cas, le projet criminel ne peut réussir car même si son exécution est achevée, aucun crime n’a été commis; voir Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2^e éd. 1991), aux pp. 355 et 356.

Selon l’intimé, le *Code criminel* ne réprime les tentatives d’infractions impossibles que dans les cas d’impossibilités de fait. La tentative d’infraction impossible en droit n’est pas un crime à moins que la loi ne renvoie expressément à ce type d’impossibilité.

Au soutien de cette interprétation, l’intimé avance deux arguments. Le premier veut que le législateur ait rédigé le par. 24(1) en s’inspirant d’une disposition anglaise qui visait à renverser un arrêt de la Chambre des lords qui avait consacré l’impossibilité de fait comme moyen de défense; voir Barry Brown, «‘Th’ attempt, and not the deed, Confounds us»: Section 24 and Impossible Attempts» (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 225, aux pp. 228 et 229. S’appuyant sur cet argument, la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande a accepté l’idée que le pendant néo-zélandais du par. 24(1) criminalise la tentative d’infraction impossible en fait, mais non la tentative d’infraction impossible en droit; voir *R. c. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980 (C.A.), aux pp. 984 et 988.

The respondent's second argument is that Parliament, had it intended to criminalize attempts to do the legally impossible, would have used the words "whether or not it was factually or legally impossible" in s. 24(1). As examples of statutes that were intended to criminalize attempts to do the legally impossible, the respondent cites provisions of statutes from the United Kingdom and from the United States:

1. — (1) If, with intent to commit an offence to which this section applies, a person does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence, he is guilty of attempting to commit the offence.

(2) A person may be guilty of attempting to commit an offence to which this section applies even though the facts are such that the commission of the offence is impossible.

(3) In any case where —

- (a) apart from this subsection a person's intention would not be regarded as having amounted to an intent to commit an offence; but
- (b) if the facts of the case had been as he believed them to be, his intention would be so regarded,

then, for the purposes of subsection (1) above, he shall be regarded as having had an intent to commit that offence.

(*Criminal Attempts Act 1981* (U.K.), 1981, c. 47.)

If the conduct in which a person engages otherwise constitutes an attempt to commit a crime pursuant to section 110.00, it is no defense to a prosecution for such attempt that the crime charged to have been attempted was, under the attendant circumstances, factually or legally impossible of commission, if such crime could have been committed had the attendant circumstances been as such person believed them to be.

(*N.Y. Penal Law* § 110.10 (Consol. 1984).)

A third argument, which the respondent does not advance, is that the words "under the circum-

Le second argument de l'intimé est que le législateur, s'il avait voulu incriminer la tentative d'infraction impossible en droit, aurait utilisé les mots «qu'il fût possible ou non en fait ou en droit» au par. 24(1). À titre d'exemples de lois qui visent à criminaliser la tentative d'infraction impossible en droit, l'intimé invoque des dispositions législatives du Royaume-Uni et des États-Unis:

[TRADUCTION]

1. — (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction visée au présent article, accomplit un acte qui dépasse le stade de la simple préparation à la perpétration de l'infraction, est coupable d'une tentative de commettre l'infraction.

(2) Une personne peut être déclarée coupable de tentative de commettre une infraction visée par le présent article, même si les faits sont tels que la perpétration de l'infraction est impossible.

(3) Pour l'application du paragraphe (1), une personne est réputée avoir l'intention de commettre l'infraction lorsque les conditions suivantes sont réunies:

- a) sans l'application du présent paragraphe, son intention ne serait pas considérée comme équivalent à l'intention de commettre l'infraction;
- b) si les faits avaient été tels que la personne les croyait, son intention aurait été considérée comme équivalent à l'intention de commettre l'infraction.

(*Criminal Attempts Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 47.)

[TRADUCTION] Si la conduite d'une personne constitue par ailleurs une tentative de commettre un crime visé à l'article 110.00, cette personne ne peut opposer en défense que la perpétration du crime qu'elle est accusée d'avoir tenté de commettre était, en raison des circonstances, impossible en fait ou en droit, dans les cas où le crime aurait pu être commis si les circonstances avaient été telles qu'elle les croyait.

(*N.Y. Penal Law*, par. 110.10 (codification de 1984).)

Selon un troisième argument, que l'intimé n'a pas avancé, les mots «dans les circonstances» limi-

stances” restrict the scope of s. 24(1) to attempts to do the factually impossible. An attempt that is not possible “under the circumstances”, according to this argument, is by implication possible under some other set of circumstances. Otherwise, there would be no need to mention circumstances — the mere mention of impossibility would suffice. President North of the New Zealand Court of Appeal made this very argument in *Donnelly, supra*, at p. 988:

In my opinion the significant words in s. 72 (1) [New Zealand’s equivalent to s. 24(1) of the *Criminal Code*] are “in the circumstances”, which seem to me to imply that in other circumstances it might be possible to commit the offence. This I think points to the conclusion that s. 72 (1) went no further than to ensure that a person who had the necessary criminal intent and did an act for the purpose of accomplishing his object was guilty of an attempt even although it so happened that it was not possible to commit the full offence.

57 In addition there is another way of turning the same language to the respondent’s advantage. “Circumstances”, in ordinary parlance, are facts. Laws, by contrast, are not circumstances. Accordingly, applying the rule that *expressio unius est exclusio alterius*, the mention in s. 24(1) of attempts that are circumstantially or factually impossible may be taken to exclude attempts that are legally impossible. The question, as one Canadian writer has framed it, is whether “‘the circumstances’ referred to in [s. 24(1)] include the legal status of the actor’s conduct”: Brown, *supra*, at p. 229.

58 Still another argument in favour of the respondent’s position, though one that reflects judicial policy rather than the strict ascertainment of legislative intent, is that penal statutes, if ambiguous, should be construed narrowly, in favour of the rights of the accused. “[T]he overriding principle governing the interpretation of penal provisions is that ambiguity should be resolved in a manner most favourable to accused persons”: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 38.

tent l’application du par. 24(1) aux tentatives d’infractions impossibles en fait. Selon ce raisonnement, l’infraction impossible à commettre «dans les circonstances», doit nécessairement l’être dans d’autres circonstances. Sinon, il n’y aurait aucune raison de mentionner les circonstances — la seule mention de l’impossibilité suffirait. C’est précisément ce que le président North de la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande a avancé dans l’arrêt *Donnelly*, précité, à la p. 988:

[TRADUCTION] À mon avis, les mots significatifs du par. 72 (1) [le pendant néo-zélandais du par. 24(1) du *Code criminel*] sont les termes «dans les circonstances», qui semblent indiquer que, dans d’autres circonstances, il serait possible de commettre l’infraction. Je crois qu’il est permis de conclure que le par. 72 (1) se borne à garantir que celui qui avait l’intention criminelle nécessaire et a effectivement agi pour réaliser son but est coupable de tentative, même si, dans les faits, il était impossible de consommer l’infraction.

Il y a encore une autre façon d’interpréter les mêmes mots à l’avantage de l’intimé. Dans le langage de tous les jours, les «circonstances» ce sont des faits. En revanche, les textes législatifs ne sont pas des circonstances. Par conséquent, en appliquant la règle *expressio unius est exclusio alterius*, on peut considérer que la mention, au par. 24(1), de la tentative d’infraction impossible en fait, qui résulte d’une impossibilité tenant aux circonstances ou aux faits, exclut la tentative d’infraction impossible en droit. Pour reprendre l’expression d’un auteur canadien, il s’agit de savoir si [TRADUCTION] ««dans les circonstances» auxquelles [le par. 24(1)] renvoie, il faut inclure la qualification juridique de la conduite de l’auteur»; Brown, *op. cit.*, à la p. 229.

Il existe un autre argument favorable à la position de l’intimé, encore qu’il s’agirait davantage de l’application d’un principe jurisprudentiel que de l’exégèse du texte de loi, selon lequel, en cas d’ambiguïté, la loi pénale doit être interprétée de manière restrictive, d’une façon favorable aux droits de l’accusé. «[L]e principe suprême qui régit l’interprétation des dispositions pénales est que l’ambiguïté devrait être tranchée de la façon qui favorise le plus l’accusé»; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, au par. 38.

Although some of these arguments have a certain force, what force they have is greatly attenuated when it is realized that the conventional distinction between factual and legal impossibility is not tenable. The only relevant distinction for purposes of s. 24(1) of the *Criminal Code* is between imaginary crimes and attempts to do the factually impossible. The criminal law of Canada recognizes no middle category called “legal impossibility”. Because Mr. Dynar attempted to do the impossible but did not attempt to commit an imaginary crime, he can only have attempted to do the “factually impossible”. For this reason, Mr. Dynar’s proposal that s. 24(1) criminalizes only attempts to do the factually impossible does not help him.

As we have already indicated, an attempt to do the factually impossible is considered to be one whose completion is thwarted by mere happenstance. In theory at least, an accused who attempts to do the factually impossible could succeed but for the intervention of some fortuity. A legally impossible attempt, by contrast, is considered to be one which, even if it were completed, still would not be a crime. One scholar has described impossible attempts in these terms:

Three main forms of impossibility have set the framework for contemporary debate. First, there is impossibility due to inadequate means (Type I). For example, A tries to kill B by shooting at him from too great a distance or by administering too small a dose of poison; C tries to break into a house without the equipment which would be necessary to force the windows or doors. . . .

The second form of impossibility arises where an actor is prevented from completing the offence because some element of its *actus reus* cannot be brought within the criminal design (Type II). For example, A tries to kill B by shooting him when he is asleep in bed, but in fact B has already died of natural causes; C tries to steal money from a safe which is empty. . . .

Bien que certains de ces arguments ne soient pas dénués de valeur, leur force est grandement atténuée lorsqu’on se rend compte que la distinction conventionnelle entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit est indéfendable. La seule distinction utile pour l’application du par. 24(1) du *Code criminel* est celle qui différencie le crime imaginaire de la tentative d’infraction impossible en fait. En droit pénal canadien, il n’y a pas de catégorie intermédiaire fondée sur l’«impossibilité de droit». Comme M. Dynar a tenté de commettre une infraction impossible, mais n’a pas tenté de perpétrer un crime imaginaire, il ne peut qu’avoir tenté de commettre une infraction «impossible en fait». Pour ce motif, l’argument de M. Dynar selon lequel le par. 24(1) n’incrimine que la tentative d’infraction impossible en fait ne lui est d’aucun secours.

Nous l’avons dit, il y a tentative d’infraction impossible en fait lorsque la non-consommation résulte d’un simple hasard. Théoriquement, du moins, l’accusé qui tente de commettre une infraction impossible en fait pourrait réussir si ce n’était la présence d’une circonstance fortuite. Au contraire, dans la tentative d’infraction impossible en droit, même si les actes d’exécution étaient achevés, il n’y aurait toujours pas de crime. Un auteur a défini la tentative d’infraction impossible en proposant des distinctions entre les cas d’impossibilité:

[TRADUCTION] Trois principaux types d’impossibilité forment le cadre général du débat contemporain. En premier lieu, signalons l’impossibilité résultant de l’inefficacité des moyens employés (type I). Par exemple, A essaie d’abattre B en tirant un coup de feu à une distance trop grande ou en lui administrant une dose trop faible de poison; C essaie de s’introduire par effraction dans une maison sans le matériel nécessaire pour forcer une fenêtre ou une porte . . .

Dans le deuxième type d’impossibilité, l’agent ne réussit pas à commettre l’infraction faute d’un élément de l’*actus reus* nécessaire à la réalisation du projet criminel (type II). Par exemple, A essaie de tuer B en le tirant pendant qu’il dort mais B est déjà décédé de causes naturelles; C essaie de subtiliser le contenu d’un coffre-fort mais celui-ci est vide . . .

59

60

The third form of impossibility arises where the actor's design is completed but the offence is still not committed because some element of the *actus reus* is missing (Type III). For example, A may take possession of property believing it to have been stolen when it has not been; B may smuggle a substance for reward believing it to be a narcotic when it is sugar. . . .

(Colvin, *supra*, at pp. 355-56.)

61 According to Professor Colvin, factually impossible attempts are those that fall into either of the first two categories. Legally impossible attempts are those that fall into the third category.

62 Colvin's schema appears attractive. But in fact it draws distinctions that do not stand up on closer inspection. There is no legally relevant difference between the pickpocket who reaches into the empty pocket and the man who takes his own umbrella from a stand believing it to be some other person's umbrella. Both have the *mens rea* of a thief. The first intends to take a wallet that he believes is not his own. The second intends to take an umbrella that he believes is not his own. Each takes some steps in the direction of consummating his design. And each is thwarted by a defect in the attendant circumstances, by an objective reality over which he has no control: the first by the absence of a wallet, the second by the accident of owning the thing that he seeks to steal. It is true that the latter seems to consummate his design and still not to complete an offence; but the semblance is misleading. The truth is that the second man does not consummate his design, because his intention is not simply to take the particular umbrella that he takes, but to take an umbrella that is not his own. That this man's design is premised on a mistaken understanding of the facts does not make it any less his design. A mistaken belief cannot be eliminated from the description of a person's mental state simply because it is mistaken.

63 If it were otherwise, the effect would be to eliminate from our criminal law the defence of mis-

Le troisième type d'impossibilité se présente lorsque l'agent parvient à exécuter son projet sans toutefois commettre l'infraction parce qu'un élément de l'*actus reus* fait défaut (type III). Par exemple, A prend possession d'un bien croyant qu'il s'agit d'un bien volé alors que ce n'est pas le cas; B introduit une substance en contrebande contre rémunération croyant qu'il s'agit d'un stupéfiant alors que c'est du sucre. . . .

(Colvin, *loc. cit.*, aux pp. 355 et 356.)

Selon le professeur Colvin, la tentative d'infraction impossible en fait appartient à l'une ou l'autre des deux premières catégories. La tentative d'infraction impossible en droit est classée dans la troisième catégorie.

La classification proposée par Colvin est attrayante. Mais, de fait, elle établit des distinctions qui ne résistent pas à une analyse plus méticuleuse. Sur le plan juridique, il n'existe aucune différence pertinente entre le voleur à la tire qui glisse la main dans une poche vide et l'homme qui s'empare de son parapluie en croyant qu'il s'agit du parapluie d'un autre. Les deux ont la *mens rea* du voleur. Le premier a l'intention de prendre un porte-monnaie qu'il croit ne pas être le sien. Le second a l'intention de prendre un parapluie qu'il croit ne pas être le sien. Chacun a accompli des actes dans le but de réaliser son projet. Et chacun est contrecarré par un concours de circonstances défavorables, par un fait objectif indépendant de sa volonté: le premier, par l'absence du porte-feuille, le second, par le fait qu'il possède la chose qu'il cherche à voler. Il est vrai que ce dernier semble réaliser son projet sans pour autant consommer l'infraction; mais les apparences sont trompeuses. En vérité, le deuxième homme ne parvient pas à réaliser son projet, parce que son intention n'est pas simplement de prendre le parapluie qu'il prend, mais de s'emparer d'un parapluie qui ne lui appartient pas. Que son projet soit fondé sur une méconnaissance de la situation ne change rien au fait qu'il s'agit bien de son projet. La croyance erronée ne peut pas être éliminée de la description de l'état d'esprit simplement parce qu'elle est erronée.

S'il en était autrement, la défense de croyance erronée disparaîtrait de notre droit pénal. Si les

taken belief. If mistaken beliefs did not form part of an actor's intent — if an actor's intent were merely to do what he in fact does — then a man who honestly but mistakenly believed that a woman had consented to have sexual relations with him and who on that basis actually had sexual relations with that woman, would have no defence to the crime of sexual assault. His intention, on this limited understanding of intention, would have been to sleep with the particular woman with whom he slept; and that particular woman, by hypothesis, is one who did not consent to sleep with him. Substituting the one description (“a woman who did not consent to sleep with him”) for the other (“the particular woman with whom he slept”), it would follow that his intention was to sleep with a woman who had not consented to sleep with him. But of course, and as we have already strenuously urged, intention is one thing and the truth is another. Intention has to do with how one sees the world and not necessarily with the reality of the world.

Accordingly, there is no difference between an act thwarted by a “physical impossibility” and one thwarted “following completion”. Both are thwarted by an attendant circumstance, by a fact: for example, by the fact of there being no wallet to steal or by the fact of there being no umbrella to steal. The distinction between them is a distinction without a difference. Professor Colvin himself agrees that “[t]he better view is that impossibility of execution is never a defence to inchoate liability in Canada” (p. 358).

There is, however, a relevant difference between a failed attempt to do something that is a crime and an imaginary crime. See Pierre Rainville, “La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative” (1996), 37 *C. de D.* 909, at pp. 954-55. It is one thing to attempt to steal a wallet, believing such thievery to be a crime, and quite

croyances erronées ne faisaient pas partie intégrante de l'intention de l'auteur d'un acte — si l'intention de cet auteur était simplement de faire ce qu'il fait effectivement — alors, l'homme qui sincèrement, mais erronément, croit qu'une femme a consenti à des relations sexuelles et qui, se fondant sur cette croyance, a des relations sexuelles avec cette femme, n'aurait aucun moyen de défense contre l'accusation d'agression sexuelle. Suivant cette conception restrictive de l'intention, l'homme aurait eu l'intention de coucher avec la femme avec laquelle il a couché; et cette femme, par hypothèse, est une femme qui n'a pas consenti à coucher avec lui. Si l'on substitue la proposition («une femme qui n'a pas consenti à coucher avec lui») à l'autre («la femme avec laquelle il a couché»), il s'ensuit que son intention était de coucher avec une femme qui n'avait pas consenti à coucher avec lui. Mais, évidemment, comme nous l'avons déjà dit avec grande insistance, l'intention est une chose et la vérité en est une autre. L'intention se rapporte à l'image que chacun se fait du monde extérieur et elle ne correspond pas forcément à la réalité.

Par conséquent, il n'y a aucune différence entre l'acte infructueux en raison d'une «impossibilité matérielle» et l'acte infructueux «à l'issue de l'exécution». Les deux sont contrecarrés par un concours de circonstances, par un fait: par exemple, par le fait qu'il n'y a aucun porte-monnaie à voler ou par le fait qu'il n'y a aucun parapluie à voler. La distinction établie entre les deux est une distinction sans fondement. Le professeur Colvin lui-même convient qu'il [TRADUCTION] «[v]aut mieux considérer que l'impossibilité d'exécution n'est jamais un moyen de défense en matière de responsabilité secondaire au Canada» (p. 358.)

Il y a toutefois une différence pertinente entre le crime manqué et le crime imaginaire. Voir Pierre Rainville, «La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative» (1996), 37 *C. de D.* 909, aux pp. 954 et 955. C'est une chose de tenter de voler un porte-monnaie, croyant qu'un tel vol est un crime, mais c'en est une autre de tenter d'in-

64

65

another thing to bring sugar into Canada, believing the importation of sugar to be a crime. In the former case, the would-be thief has the *mens rea* associated with thievery. In the latter case, the would-be smuggler has no *mens rea* known to law. Because s. 24(1) clearly provides that it is an element of the offence of attempt to have “an intent to commit an offence”, the latter sort of attempt is not a crime.

introduire du sucre au Canada, croyant que l'importation de sucre est un crime. Dans le premier cas, le voleur potentiel possède la *mens rea* liée au vol. Dans le deuxième cas, le contrebandier potentiel n'a aucune *mens rea* connue en droit. Étant donné que le par. 24(1) prévoit clairement que «l'intention de commettre une infraction» est un élément constitutif de l'infraction de tentative, cette deuxième sorte de tentative n'est pas un crime.

66 Nor should it be. A major purpose of the law of attempt is to discourage the commission of subsequent offences. See Williams' *Textbook of Criminal Law*, *supra*, at pp. 404-5. See also Brown, *supra*, at p. 232; Eugene Meehan, “Attempt — Some Rational Thoughts on its Rationale” (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 215, at p. 238; Don Stuart, *Canadian Criminal Law* (3rd ed. 1995), at p. 594. But one who attempts to do something that is not a crime or even one who actually does something that is not a crime, believing that what he has done or has attempted to do is a crime, has not displayed any propensity to commit crimes in the future, unless perhaps he has betrayed a vague willingness to break the law. Probably all he has shown is that he might be inclined to do the same sort of thing in the future; and from a societal point of view, that is not a very worrisome prospect, because by hypothesis what he attempted to do is perfectly legal.

Et c'est bien qu'il en soit ainsi. L'un des buts principaux des règles de droit applicables en matière de tentative est de décourager la perpétration subséquente d'infractions; voir l'ouvrage de Williams intitulé *Textbook of Criminal Law*, *op. cit.*, aux pp. 404 et 405; voir également Brown, *loc. cit.*, à la p. 232; Eugene Meehan, «Attempt — Some Rational Thoughts on its Rationale» (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 215, à la p. 238; Don Stuart, *Canadian Criminal Law* (3^e éd. 1995), à la p. 594. Mais celui qui tente d'accomplir un acte qui n'est pas un crime, ou, même, celui qui accomplit effectivement un acte qui n'est pas un crime, croyant que ce qu'il a fait ou tenté de faire est un crime, ne montre aucune propension à la perpétration de crimes, sauf que sa conduite trahit peut-être une vague volonté d'enfreindre la loi. La seule chose qu'il a peut-être réussi à montrer, c'est qu'il pourrait être enclin à refaire la même chose un jour. Et d'un point de vue social, il n'y a pas lieu de s'inquiéter, parce que, par hypothèse, ce qu'il a tenté de faire est parfaitement légal.

67 Therefore, we conclude that s. 24(1) draws no distinction between attempts to do the possible but by inadequate means, attempts to do the physically impossible, and attempts to do something that turns out to be impossible “following completion”. All are varieties of attempts to do the “factually impossible” and all are crimes. Only attempts to commit imaginary crimes fall outside the scope of the provision. Because what Mr. Dynar attempted to do falls squarely into the category of the factually impossible — he attempted to commit crimes known to law and was thwarted only by chance — it was a criminal attempt within the meaning of s. 24(1). The evidence suggests that Mr. Dynar is a criminal within the contemplation of the Canadian

Par conséquent, nous concluons que le par. 24(1) n'établit aucune distinction entre la tentative d'infraction possible à l'aide de moyens inefficaces, la tentative d'infraction impossible matériellement et la tentative d'infraction impossible «à l'issue de l'exécution». Ce sont toutes des tentatives d'infractions «impossibles en fait» et toutes sont des crimes. Seule la tentative de crime imaginaire échappe à l'application de la disposition. Comme ce que M. Dynar a tenté de faire relève carrément de l'impossibilité de fait — il a tenté de commettre des crimes connus en droit et n'a été déjoué que par le hasard — il s'agissait d'une tentative criminelle au sens du par. 24(1). La preuve montre que M. Dynar est un criminel visé

law and so the double criminality rule should be no bar to his extradition to the United States.

Notwithstanding the difficulties associated with the conventional distinction between factual and legal impossibility, a certain reluctance to embrace our conclusion persists in some quarters. It seems to us that this is in part due to a misunderstanding of the elements of the money-laundering offences. Both s. 462.31(1) of the *Criminal Code* and s. 19.2(1) of the *Narcotic Control Act* require knowledge that the property being laundered is the proceeds of crime. It is tempting to think that knowledge is therefore the *mens rea* of these offences. But “*mens rea*” denotes a mental state. *Mens rea* is the subjective element of a crime. See Williams’ *Textbook of Criminal Law*, *supra*, at p. 71. Knowledge is not subjective, or, more accurately, it is not entirely subjective.

As we have already said, knowledge, for legal purposes, is true belief. Knowledge therefore has two components — truth and belief — and of these, only belief is mental or subjective. Truth is objective, or at least consists in the correspondence of a proposition or mental state to objective reality. Accordingly, truth, which is a state of affairs in the external world that does not vary with the intention of the accused, cannot be a part of *mens rea*. As one Canadian academic has said, [TRANSLATION] “[t]he truth of the accused’s belief is not part of the *mens rea* of s. 24(1) Cr.C.”. See Rainville, *supra*, at p. 963. Knowledge as such is not then the *mens rea* of the money-laundering offences. Belief is.

The truth of an actor’s belief that certain monies are the proceeds of crime is something different from the belief itself. That the belief be true is one of the attendant circumstances that is required if the *actus reus* is to be completed. In other words, the act of converting the proceeds of crime presup-

par le droit canadien et, dès lors, la règle de la double incrimination ne devrait pas faire obstacle à son extradition aux États-Unis.

Malgré les difficultés suscitées par la distinction classique établie entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit, certains hésitent encore à accepter notre conclusion. Il nous semble que cela est dû en partie à une méconnaissance des éléments constitutifs des infractions de recyclage des produits de la criminalité. Tant le par. 462.31(1) du *Code criminel* que le par. 19.2(1) de la *Loi sur les stupéfiants* exigent que l’auteur de l’infraction sache que l’argent à recycler est le produit de la criminalité. Il est tentant de penser que la connaissance est donc la *mens rea* de ces infractions. Mais la *mens rea* dénote un état d’esprit. C’est l’élément subjectif du crime; voir l’ouvrage de Williams ayant pour titre *Textbook of Criminal Law*, *op. cit.*, à la p. 71. La connaissance n’est pas subjective, ou, pour être plus exact, elle n’est pas entièrement subjective.

Nous l’avons déjà dit, la connaissance en droit s’entend de la croyance conforme à la réalité. Elle a donc deux composantes — la vérité et la croyance — et de ces deux éléments, seule la croyance est subjective ou psychologique. La vérité est objective, ou du moins elle réside dans un rapport de concordance entre un énoncé ou un état d’esprit et la réalité objective. Par conséquent, la vérité, qui est un état du monde extérieur ne variant pas en fonction de l’intention de l’accusé, ne peut pas faire partie intégrante de la *mens rea*. Comme l’a dit un auteur canadien: «[l]a véracité de la croyance de l’accusé ne fait pas partie de la *mens rea* de l’article 24 (1) C.cr.». Voir Rainville, *loc. cit.*, à la p. 963. La connaissance comme telle n’est donc pas la *mens rea* des infractions de recyclage des produits de la criminalité. C’est la croyance qui l’est.

La conformité avec la réalité de la croyance de l’auteur de l’infraction que certaines sommes d’argent sont les produits de la criminalité est distincte de la croyance elle-même. Cette conformité avec la réalité est l’une des circonstances concomitantes exigées pour que l’*actus reus* soit exécuté. En

68

69

70

poses the existence of some money that is in truth the proceeds of crime.

d'autres termes, le recyclage des produits de la criminalité suppose l'existence d'une somme d'argent qui est effectivement le produit de la criminalité.

71 In this, the money-laundering offences are no different from other offences. Murder is the intentional killing of a person. Because a person cannot be killed who is not alive, and because a killing, if it is to be murder, must be intentional, it follows that a successful murderer must believe that his victim is alive. An insane man who kills another believing that the one he kills is a manikin does not have the *mens rea* needed for murder. Thus, the successful commission of the offence of murder presupposes both a belief that the victim is alive just before the deadly act occurs and the actual vitality of the victim at that moment. Both truth and belief are required. Therefore, knowledge is required. But this does not mean that the vitality of the victim is part of the *mens rea* of the offence of murder. Instead, it is an attendant circumstance that makes possible the completion of the *actus reus*, which is the killing of a person.

Sur ce plan, les infractions de recyclage des produits de la criminalité ne sont pas différentes des autres infractions. Le meurtre, c'est le fait de donner volontairement la mort à un être humain. Comme l'on ne peut donner la mort qu'à un être vivant, et parce que le meurtre est volontaire, il s'ensuit que le meurtrier, pour mener à bien son projet, doit croire que sa victime est vivante. Le déséquilibré qui tue une personne en croyant qu'il s'agit d'un mannequin ne possède pas la *mens rea* nécessaire à la perpétration d'un meurtre. Ainsi, la consommation du meurtre suppose à la fois la croyance que la victime est vivante juste avant le coup mortel et la vie de la victime à ce moment-là. La croyance et sa conformité avec la réalité sont exigées toutes les deux. Par conséquent, la connaissance est exigée. Mais cela ne veut pas dire pour autant que la vie de la victime fasse partie de la *mens rea* du meurtre. C'est plutôt une circonstance concomitante qui rend possible la réalisation de l'*actus reus*, c'est-à-dire le fait de donner la mort à un être humain.

72 In general, the successful commission of any offence presupposes a certain coincidence of circumstances. But these circumstances do not enter into the *mens rea* of the offence. As one author observes, it is important "to keep separate the intention of the accused and the circumstances as they really were" (Brown, *supra*, at p. 232).

En général, la consommation d'une infraction suppose un certain concours de circonstances. Mais ces circonstances ne font pas partie de la *mens rea* de l'infraction. Comme un auteur le fait observer, il est important [TRADUCTION] «de distinguer l'intention de l'accusé et les circonstances telles qu'elles se sont réellement présentées» (Brown, *loc. cit.*, à la p. 232).

73 The absence of an attendant circumstance is irrelevant from the point of view of the law of attempt. An accused is guilty of an attempt if he intends to commit a crime and takes legally sufficient steps towards its commission. Because an attempt is in its very nature an incomplete substantive offence, it will always be the case that the *actus reus* of the completed offence will be deficient, and sometimes this will be because an attendant circumstance is lacking. In *Ancio*, *supra*, at pp. 247-48, McIntyre J. said:

L'absence d'une circonstance concomitante n'est pas pertinente du point de vue des règles de droit applicables à la tentative d'infraction. Un accusé est coupable de tentative s'il a eu l'intention de commettre un crime et s'il a pris des mesures suffisantes en droit pour le perpétrer. Puisqu'une tentative est par sa nature même une infraction matérielle précise non consommée, l'*actus reus* de l'infraction sera toujours imparfait, et, parfois, il en sera ainsi parce que la circonstance concomitante est absente. Dans l'arrêt *Ancio*, précité, aux pp. 247 et 248, le juge McIntyre a dit:

As with any other crime, the Crown must prove a *mens rea*, that is, the intent to commit the offence in question and the *actus reus*, that is, some step towards the commission of the offence attempted going beyond mere acts of preparation. Of the two elements the more significant is the *mens rea*. . . .

Indeed, because the crime of attempt may be complete without the actual commission of any other offence and even without the performance of any act unlawful in itself, it is abundantly clear that the criminal element of the offence of attempt may lie solely in the intent.

So it should not be troubling that what Mr. Dynar did does not constitute the *actus reus* of the money-laundering offences. If his actions did constitute the *actus reus*, then he would be guilty of the completed offences described in s. 462.31 of the *Criminal Code* and s. 19.2 of the *Narcotic Control Act*. There would be no need even to consider the law of attempt. The law of attempt is engaged only when, as in this case, the *mens rea* of the completed offence is present entirely and the *actus reus* of it is present in an incomplete but more-than-merely-preparatory way.

The respondent argues that, even accepting that the truth of a belief is not a part of the *mens rea*, nevertheless he did not have the requisite *mens rea*. In particular, the respondent suggests that, in determining whether an accused has the requisite *mens rea* for attempt, a court should consider only those mental states that supply the accused's motivation to act.

This proposal is a way of overlooking an accused's mistaken beliefs. Thus, the respondent argues that he did not have the requisite *mens rea* because he desired only to make money by doing a service to Anthony, the undercover agent. It did not matter to Mr. Dynar whether the money was the proceeds of crime or not. He would have been just as happy to convert funds for the United States Government as for some drug kingpin.

Comme dans le cas de tout autre crime, le ministère public doit prouver la *mens rea*, c'est-à-dire l'intention de commettre l'infraction en question, et l'*actus reus*, c'est-à-dire une mesure quelconque en vue de commettre l'infraction, autre que les simples actes de préparation. Le plus important de ces deux éléments est la *mens rea*. . . .

En effet, comme le crime de tentative peut être complet sans la perpétration d'aucune autre infraction et même sans l'accomplissement d'un acte illégal en soi, il est très clair que l'élément criminel de l'infraction de tentative peut résider uniquement dans l'intention.

Par conséquent, il ne faudrait pas s'inquiéter de ce que les agissements de M. Dynar ne constituent pas l'*actus reus* des infractions de recyclage des produits de la criminalité. Si ses actes constituaient l'*actus reus*, il serait coupable des infractions prévues par l'art. 462.31 du *Code criminel* et l'art. 19.2 de la *Loi sur les stupéfiants*. Il ne serait même pas nécessaire de prendre en considération les règles de droit relatives à la tentative d'infraction. Ces règles s'appliquent seulement lorsque, comme en l'espèce, la *mens rea* de l'infraction consommée est présente et que l'exécution de l'*actus reus* n'est pas achevée mais dépasse le stade des simples actes préparatoires.

L'intimé allègue que, même en acceptant que la conformité avec la réalité de la croyance ne fasse pas partie intégrante de la *mens rea*, on ne peut affirmer qu'il avait la *mens rea* nécessaire. Plus particulièrement, l'intimé affirme que, pour déterminer si un accusé a la *mens rea* nécessaire à la tentative, le tribunal ne devrait prendre en considération que les états d'esprit qui ont poussé l'accusé à agir.

Cette affirmation est une façon de ne pas tenir compte des croyances erronées de l'accusé. Ainsi, l'intimé allègue qu'il n'avait pas la *mens rea* requise parce qu'il voulait seulement faire de l'argent en rendant service à Anthony, l'agent d'infiltration. Cela n'avait aucune importance pour M. Dynar que l'argent soit le produit de la criminalité ou non. Il aurait été tout aussi heureux de recycler des fonds pour le gouvernement américain que

74

75

76

Mr. Dynar's only concern was that he should receive a commission for his services.

pour n'importe quel baron de la drogue. M. Dynar n'avait pas d'autres préoccupations que de recevoir une commission pour ses services.

77 The theoretical basis for this thinking appears in Professor George Fletcher's attempted defence of the distinction between factual impossibility and legal impossibility (in *Rethinking Criminal Law* (1978)). Fletcher, on whom the respondent relies, says that an accused's legally relevant intention comprises only those mental states that move the accused to act as he does (at p. 161):

Le fondement théorique de cette ligne de pensée apparaît dans l'argumentation présentée par le professeur George Fletcher au soutien de la distinction établie entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit (dans *Rethinking Criminal Law* (1978)). Fletcher, que l'intimé invoque, affirme que l'intention pertinente en droit comprend seulement les états d'esprit qui ont poussé l'accusé à agir comme il l'a fait (à la p. 161):

[M]istaken beliefs are relevant to what the actor is trying to do if they affect his incentive in acting. They affect his incentive if knowing of the mistake would give him a good reason for changing his course of conduct.

[TRADUCTION] [L]es croyances erronées sont pertinentes en ce qui concerne le but recherché par l'agent si elles l'ont incité à agir. On peut dire qu'elles l'incitent à agir dans les cas où, s'il avait su qu'il faisait erreur, il aurait changé ses plans.

Because most facts are, from the accused's point of view, of no consequence, what the accused thinks about most facts is legally irrelevant.

Étant donné que la plupart des faits, du point de vue de l'accusé, n'ont pas d'importance, ce que l'accusé pense au sujet de la plupart des faits n'a pas de pertinence en droit.

78 Thus, to take one of Fletcher's examples, it does not matter what day a criminal thought it was when he committed a crime, because whatever he might have thought the day was, he would still have acted as he did. In Fletcher's view, similar reasoning explains why it is not a crime to deal with "legitimate" property thinking that one is dealing with the proceeds of crime (at p. 162):

Par conséquent, pour reprendre l'un des exemples que Fletcher donne, il importe peu que le criminel ait su quel jour c'était lorsqu'il a commis son crime, car il aurait agi de la même façon. Selon Fletcher, un raisonnement similaire explique pourquoi ce n'est pas un crime de faire le commerce d'un bien «légitimement acquis» en pensant qu'on utilise les produits de la criminalité (à la p. 162):

[I]t seems fairly clear that the fact that the [goods were] stolen does not affect the actor's incentive in paying the price at which [they were] offered to him by the police. If he were told that the goods were not stolen, that would not have provided him with a reason for turning down the offer. If they were not stolen, so much the better. It follows, therefore, that it is inappropriate to describe his conduct as attempting to receive stolen [goods].

[TRADUCTION] [I]l semble assez clair que le fait que [les biens] ont été volés n'affecte pas la motivation du sujet de payer le prix auquel la police [les] lui a offert[s]. Le fait de savoir que les biens n'avaient pas été volés ne l'aurait pas incité à repousser l'offre. S'ils n'ont pas été volés, tant mieux. Il s'ensuit, par conséquent, qu'il est incorrect de qualifier sa conduite de tentative de recel de [biens] volé[s].

79 But this view confounds motivation and intention. If attention were paid only to the former, then the number of crimes would be greatly, if not very satisfactorily, reduced, because what moves many criminals to crime is some desire relatively more benign than the desire to commit a crime. We suspect that only the most hardened criminals commit

Mais ce point de vue confond mobile et intention. S'il fallait ne retenir que le premier, le nombre de crimes serait grandement réduit, même si ce n'est pas de façon très satisfaisante, parce que ce qui pousse de nombreux criminels à agir est un désir relativement plus anodin que le désir de commettre un crime. Nous croyons que seuls les crimi-

crimes just for the sake of breaking the law. To at least many malefactors, it must be a matter of indifference whether their actions constitute crimes. Probably most thieves would not turn up their noses at the opportunity to loot a house simply because it has been abandoned and so is the property of no one. The goal is the making of a quick dollar, not the flouting of the law. In this, we again agree completely with Glanville Williams, who said:

Normally, motivation is irrelevant for intention. Every receiver of stolen goods would prefer to have non-stolen goods at the same price, if given the choice; but if he knows or believes the goods are stolen, he intends to receive stolen goods. We have to say that a person intends his act in the circumstances that he knows or believes to exist. This being the rule for consummated crimes, no good reason can be suggested why it should differ for attempts.

(“The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*”, [1986] *Cambridge L.J.* 33, at p. 78.)

In this case, it is almost certainly true that Mr. Dynar would have been content to convert the United States Government’s money even if he had known that it had nothing to do with the sale of drugs. Presumably his only concern was to collect his percentage. The provenance of the money must have been, for him, largely irrelevant. But, from the point of view of the criminal law, what is important is not what moved Mr. Dynar, but what Mr. Dynar believed he was doing. “We have to say that a person intends his act in the circumstances that he knows or believes to exist.” And the evidence is clear that Mr. Dynar believed that he was embarked upon a scheme to convert “drug money” from New York City.

Looking to intent rather than motive accords with the purpose of the criminal law in general and of the law of attempt in particular. Society imposes criminal sanctions in order to punish and deter

nels les plus endurcis commettent des crimes seulement pour le plaisir d’enfreindre la loi. Pour de nombreux malfaiteurs au moins, il doit être indifférent que leurs agissements constituent des crimes ou non. Probablement que la plupart des voleurs ne laisseraient pas filer l’occasion de piller une maison, simplement parce qu’elle a été abandonnée et que, par conséquent, elle n’appartient plus à personne. Le but est de s’enrichir vite, non de passer outre à la loi. Sur cette question, nous sommes à nouveau tout à fait d’accord avec Glanville Williams, qui affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Normalement, le mobile n’a pas d’incidence sur l’intention. Si on lui en donnait le choix, n’importe quel receleur de biens volés préférerait, pour le même prix, des biens qui n’ont pas été volés; mais s’il sait ou croit que les biens ont été volés, il a l’intention de receler des biens volés. Nous devons affirmer qu’une personne agit intentionnellement eu égard aux circonstances qu’elle sait ou croit exister. Ceci étant la règle pour les crimes consommés, aucune bonne raison ne justifie qu’il en soit différemment pour les tentatives.

(«The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*», [1986] *Cambridge L.J.* 33, à la p. 78.)

En l’espèce, il est presque certain que M. Dynar aurait été satisfait de recycler l’argent du gouvernement des États-Unis même s’il avait su que cet argent n’était en rien lié au commerce de stupéfiants. On peut présumer qu’il n’avait pas d’autre préoccupation que de récolter sa commission. Pour lui, la provenance de l’argent devait être sans grande importance. Mais, du point de vue du droit pénal, ce qui est important, ce n’est pas ce qui a poussé M. Dynar à agir, mais ce que M. Dynar croyait qu’il faisait. [TRADUCTION] «Nous devons affirmer qu’une personne agit intentionnellement eu égard aux circonstances qu’elle sait ou croit exister.» Et il ressort clairement de la preuve que M. Dynar croyait participer à un projet de recyclage d’argent provenant du trafic de stupéfiants à New York.

Prendre en considération l’intention plutôt que le mobile concorde avec l’objectif du droit pénal en général et les règles de droit relatives à la tentative en particulier. La société impose des sanctions

undesirable conduct. It does not matter to society, in its efforts to secure social peace and order, what an accused's motive was, but only what the accused intended to do. It is no consolation to one whose car has been stolen that the thief stole the car intending to sell it to purchase food for a food bank. Similarly, the purpose of the law of attempt is universally acknowledged to be the deterrence of subsequent attempts. A person who has intended to do something that the law forbids and who has actually taken steps towards the completion of an offence is apt to try the same sort of thing in the future; and there is no assurance that next time his attempt will fail.

pénales afin de punir et de réprimer toute conduite indésirable. Dans son effort pour maintenir la paix sociale, la société ne se préoccupe pas du mobile de l'accusé, mais seulement de ce qu'il avait l'intention de faire. Pour qui s'est fait voler son automobile, ce n'est pas une consolation que de savoir que le voleur voulait la vendre en vue d'acheter de la nourriture pour une banque d'alimentation. De façon similaire, il est universellement reconnu que l'objet des règles de droit relatives à la tentative est de faire obstacle à la commission d'autres tentatives. Celui qui a eu l'intention d'accomplir un acte illicite et qui a pris effectivement les moyens pour y parvenir risque d'essayer à nouveau un jour; et il n'y a aucune assurance que la prochaine fois sa tentative échouera.

82 Applying this rationale to impossible attempts, we conclude that such attempts are no less menacing than are other attempts. After all, the only difference between an attempt to do the possible and an attempt to do the impossible is chance. A person who enters a bedroom and stabs a corpse thinking that he is stabbing a living person has the same intention as a person who enters a bedroom and stabs someone who is alive. In the former instance, by some chance, the intended victim expired in his sleep perhaps only moments before the would-be assassin acted. It is difficult to see why this circumstance, of which the tardy killer has no knowledge and over which he has no control, should in any way mitigate his culpability. Next time, the intended victim might be alive. Similarly, even if Mr. Dynar could not actually have laundered the proceeds of crime this time around, there is hardly any guarantee that his next customer might not be someone other than an agent of the United States Government.

Appliquant ce raisonnement à la tentative d'infraction impossible, nous concluons que cette tentative n'est pas moins menaçante que les autres tentatives. Après tout, la seule différence entre la tentative d'infraction possible et la tentative d'infraction impossible est la chance. La personne qui s'introduit dans une chambre à coucher et poignarde un cadavre en pensant poignarder une personne vivante a la même intention que la personne qui entre dans une chambre à coucher et poignarde une personne vivante. Dans le premier cas, par une espèce de hasard, la victime avait expiré dans son sommeil peut-être juste quelques instants avant que l'assassin potentiel ne porte le coup mortel. Il est difficile de concevoir pourquoi ce fait, qui survient à l'insu du tueur en retard et échappe à sa volonté, devrait de quelque façon atténuer sa culpabilité. La prochaine fois, la personne visée pourrait être vivante. De façon similaire, même si, cette fois-ci, M. Dynar ne pouvait pas réellement recycler les produits de la criminalité, il n'est pas garanti que son prochain client sera un agent du gouvernement américain.

83 The import of all of this is that Mr. Dynar committed the crime of attempt; and for having done so he should be extradited to the United States. The facts disclose an intent to launder money and acts taken in furtherance of that design. Section 24(1) of the *Criminal Code* requires no more.

Il s'ensuit que M. Dynar a commis le crime de tentative et dès lors, il doit être extradé aux États-Unis. Les faits révèlent une intention de recycler des produits de la criminalité et des actes accomplis en vue de réaliser ce projet. Le paragraphe 24(1) du *Code criminel* n'exige rien de plus.

(3) Could Mr. Dynar's Conduct Justify His Surrender on the Conspiracy Charge?

Mr. Dynar's extradition has also been requested on a charge of conspiracy. The warrant of committal issued by Keenan J. listed the two charges against Mr. Dynar that are the subject of the American indictment, and indicated that the conduct underlying both charges would constitute crimes in Canada. As a result, Mr. Dynar was extraditable on both. The conduct which would establish a *prima facie* case for the conspiracy charge is somewhat different from that which would establish the *prima facie* case for the attempt charge. Thus it is necessary to determine whether Mr. Dynar's conduct in combination with Mr. Cohen's could also constitute the crime of conspiracy in this country. The applicability of the defence of "impossibility" under Canadian criminal law is as much an issue with respect to the conspiracy charge as it is with regard to the attempt charge.

The issue is not whether Mr. Dynar's conduct can support a conviction for conspiracy (or for that matter for attempt), but only whether a *prima facie* case has been demonstrated that would justify his committal for trial if his conduct had taken place in Canada. Section 465(1)(c) of the *Criminal Code* makes it an offence to conspire with another person to commit any indictable offence, other than murder or false prosecution, which are governed by paragraphs (a) and (b) of the same subsection. There is no doubt that laundering proceeds of crime is an indictable offence in Canada. The question that must be decided, however, is whether a conspiracy can exist even where all the elements of the full indictable offence are not present because the circumstances are not as the accused believed them to be.

(a) *What is a Criminal Conspiracy?*

In *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666, at pp. 668-69, this Court adopted the definition of conspiracy

(3) La conduite de M. Dynar pourrait-elle justifier son extradition relativement à l'accusation de complot portée contre lui?

La demande d'extradition de M. Dynar se fonde aussi sur une accusation de complot. Le mandat de dépôt délivré par le juge Keenan expose les deux accusations portées contre M. Dynar dans l'acte d'accusation américain et il indique que les actes à l'origine de ces deux accusations constitueraient un crime au Canada. En conséquence, M. Dynar pouvait être extradé relativement à l'un et l'autre. La conduite susceptible d'établir *prima facie* la perpétration d'un complot est quelque peu différente de celle qui pourrait établir *prima facie* le bien-fondé de l'accusation de tentative. Il faut donc déterminer si la conduite de M. Dynar, combinée à celle de M. Cohen, peut également constituer une infraction de complot en droit canadien. La question de savoir si la défense d'«impossibilité» peut être invoquée en droit pénal canadien se pose tout autant en ce qui concerne l'accusation de complot que l'accusation de tentative.

Il ne s'agit pas de déterminer si les agissements de M. Dynar peuvent fonder une déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation de complot (ou même de tentative), mais seulement si une preuve *prima facie* a été produite pour justifier son incarcération en vue d'un procès si les agissements qu'on lui reproche avaient eu lieu au Canada. Selon l'al. 465(1)c) du *Code criminel*, constitue une infraction le fait de comploter avec quelqu'un en vue de commettre un acte criminel, autre que les infractions de meurtre ou de poursuite injustifiée visées aux al. 465(1)a) et b). Au Canada, le recyclage des produits de la criminalité constitue sans conteste un acte criminel. Il reste toutefois à décider si un complot peut exister même si tous les éléments constitutifs ne sont pas réunis parce que les circonstances ne sont pas telles que l'accusé les croyait.

a) *Qu'est-ce qu'un complot criminel?*

Dans l'arrêt *R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666, aux pp. 668 et 669, notre Cour a fait sienne la défi-

84

85

86

from the English case of *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306, at p. 317:

A conspiracy consists not merely in the intention of two or more, but in the agreement of two or more to do an unlawful act, or to do a lawful act by unlawful means. So long as such a design rests in intention only, it is not indictable. When two agree to carry it into effect, the very plot is an act in itself, and the act of each of the parties . . . punishable if for a criminal object. . . .

There must be an intention to agree, the completion of an agreement, and a common design. Taschereau J., in *O'Brien, supra*, at p. 668, added that:

Although it is not necessary that there should be an overt act in furtherance of the conspiracy, to complete the crime, I have no doubt that there must exist *an intention to put the common design into effect*. A common design necessarily involves an intention. Both are synonymous. The intention cannot be anything else but the will to attain the object of the agreement. [Emphasis in original.]

⁸⁷ In *Papalia v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 256, at p. 276, Dickson J. (as he then was) described the offence of conspiracy as “an inchoate or preliminary crime”. In setting out the necessary elements of the offence, he noted at pp. 276-77 that:

The word “conspire” derives from two Latin words, “con” and “spirare”, meaning “to breathe together”. To conspire is to agree. The essence of criminal conspiracy is proof of agreement. On a charge of conspiracy the agreement itself is the gist of the offence: *Paradis v. R.*, at p. 168. The *actus reus* is the fact of agreement: *D.P.P. v. Nock*, at p. 66. The agreement reached by the co-conspirators may contemplate a number of acts or offences. Any number of persons may be privy to it. Additional persons may join the ongoing scheme while others may drop out. So long as there is a continuing overall, dominant plan there may be changes in methods of operation, personnel, or victims, without bringing the conspiracy to an end. The important inquiry is not as to the acts done in pursuance of the agreement, but whether there was, in fact, a common agreement to which the acts are

nition du complot énoncée dans l’arrêt anglais *Mulcahy c. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306, à la p. 317:

[TRADUCTION] Un complot ne réside pas seulement dans l’intention de deux ou plusieurs personnes, mais dans l’entente conclue entre deux ou plusieurs personnes en vue de commettre un acte illégal, ou d’accomplir un acte légal par des moyens illégaux. Tant qu’un tel projet reste au stade de l’intention, il ne peut faire l’objet de poursuites. Lorsque deux personnes conviennent de le mettre à exécution, le projet lui-même devient un acte distinct, et l’acte de chaque partie [. . .] devient punissable s’il vise un but criminel . . .

L’intention de conclure une entente, la conclusion d’une entente et l’existence d’un projet commun sont essentiels. Dans l’arrêt *O’Brien*, précité, le juge Taschereau a ajouté, à la p. 668:

[TRADUCTION] Il n’est pas nécessaire qu’un acte manifeste soit accompli pour mettre le complot à exécution et commettre le crime, mais j’ai la certitude qu’il doit exister *une intention de mettre le projet commun à exécution*. Un projet commun implique nécessairement une intention. Ce sont des synonymes. L’intention ne peut consister qu’en la volonté de réaliser l’objet de l’entente. [En italique dans l’original.]

Dans l’arrêt *Papalia c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 256, à la p. 276, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a qualifié l’infraction de complot de «crime incomplet ou préliminaire». En énonçant les éléments essentiels de l’infraction, il a noté, aux pp. 276 et 277:

Le mot «conspirer» vient de deux mots latins «con» et «spirare» qui signifient «souffler ensemble». Conspirer, c’est s’entendre. L’essence du complot criminel est la preuve de l’entente. Dans une accusation de complot, l’entente en soi est la substance de l’infraction: *Paradis c. R.*, à la p. 168. L’*actus reus* est le fait de l’entente: *D.P.P. v. Nock*, à la p. 66. L’entente à laquelle parviennent les conspirateurs peut envisager plusieurs actes ou infractions. Le nombre de participants n’est pas limité. De nouvelles personnes peuvent se joindre au projet en cours alors que d’autres peuvent l’abandonner. Aussi longtemps qu’il existe un plan général ininterrompu, des changements peuvent intervenir quant aux méthodes, aux conspirateurs ou aux victimes, sans que le complot prenne fin. L’enquête importante ne porte pas sur les actes accomplis conformément à l’entente, mais plutôt

referable and to which all of the alleged offenders were privy. [Emphasis added.]

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, specifically the commission of an indictable offence. See s. 465(1)(c) of the *Criminal Code*.

A conspiracy must involve more than one person, even though all the conspirators may not either be identified, or be capable of being convicted. See for example *O’Brien, supra*; *Guimond v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 960. Further, each of the conspirators must have a genuine intention to participate in the agreement. A person cannot be a conspirator if he or she merely pretends to agree. In *O’Brien*, Rand J. held at p. 670 that

a conspiracy requires an actual intention in both parties at the moment of exchanging the words of agreement to participate in the act proposed; mere words purporting agreement without an assenting mind to the act proposed are not sufficient.

Where one member of a so-called conspiracy is a police informant who never intends to carry out the common design, there can be no conspiracy involving that person. Nonetheless, a conspiracy can still exist between other parties to the same agreement. It is for this reason that the conspiracy in this case is alleged to involve Mr. Dynar and Mr. Cohen, and not the confidential informant “Anthony”.

There can be no doubt that a criminal conspiracy constitutes a serious offence that is properly extraditable. Indeed, it was so recognized in the 1976 treaty between Canada and the U.S. in force at the time of the sting operation. The crime has a long and malevolent history. Conspirators have plotted to overthrow monarchs from biblical times through the time of the Plantagenets and Tudors. Guy

sur la question de savoir s’il existe vraiment une entente commune dont les actes découlent et à laquelle participent tous les présumés responsables. [Nous soulignons.]

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, plus précisément la perpétration d’un acte criminel. Voir l’al. 465(1)c) du *Code criminel*.

Un complot doit être le fait de plus d’une personne, même si tous les conspirateurs ne sont pas nécessairement connus ni susceptibles d’être déclarés coupables. Voir, par exemple, *O’Brien*, précité; *Guimond c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 960. En outre, chaque conspirateur doit avoir l’intention réelle de participer à l’entente. Une personne ne peut être un conspirateur si elle ne fait que prétendre acquiescer à l’entente. Dans l’arrêt *O’Brien*, le juge Rand a décidé, à la p. 670, que

[TRADUCTION] pour qu’il y ait complot, il doit y avoir une intention réelle des deux parties au moment où elles s’entendent pour participer à l’acte projeté; de simples paroles emportant apparemment acquiescement à l’acte projeté, sans aucune intention de le commettre, ne suffisent pas.

Lorsque l’un des supposés conspirateurs est un informateur de police qui n’a jamais eu l’intention de mettre le projet commun à exécution, il ne saurait être partie au complot. Un complot peut toutefois exister entre d’autres parties à la même entente. C’est pour cette raison que l’allégation de complot vise en l’espèce M. Dynar et M. Cohen, et non l’informateur «Anthony».

Il est bien établi qu’un complot criminel constitue une infraction grave qui peut à juste titre entraîner l’extradition. Le traité de 1976 entre le Canada et les États-Unis, qui était en vigueur au moment où a été menée l’opération d’infiltration, le reconnaît. Ce crime a une longue et sinistre histoire. Des conspirateurs ont comploté en vue de renverser des monarches depuis les temps

Fawkes conspired with others to blow up the parliament buildings. Today conspirators plot to carry out terrorist acts, to commit murders or to import forbidden drugs. Society is properly concerned with conspiracies since two or more persons working together can achieve evil results that would be impossible for an individual working alone. For example, it usually takes two or more conspirators to manufacture and secrete explosives or to arrange for the purchase, importation and sale of heroin. The very fact that several persons in combination agree to do something has for many years been considered to constitute “a menace to society”: *O’Brien, supra*, at p. 669. In fact, the scale of injury that might be caused to the fabric of society can be far greater when two or more persons conspire to commit a crime than when an individual sets out alone to do an unlawful act.

bibliques jusqu’à l’époque des Plantagenêts et des Tudors. Guy Fawkes a comploté avec d’autres personnes pour faire exploser les édifices du Parlement. Aujourd’hui, les conspirateurs complotent en vue de commettre des actes de terrorisme ou des meurtres ou d’importer des drogues interdites. La société a raison de s’inquiéter car deux ou plusieurs personnes agissant de concert peuvent parvenir à des résultats nuisibles qu’une personne seule ne pourrait jamais obtenir. Il faut, par exemple, plusieurs personnes pour fabriquer et cacher des explosifs ou pour organiser l’achat, l’importation et la vente d’héroïne. Le fait même que plusieurs personnes s’entendent pour accomplir quelque chose est considéré depuis nombre d’années comme une «menace pour la société»: *O’Brien*, précité, à la p. 669. En fait, les préjudices susceptibles d’être causés au tissu social sont beaucoup plus importants lorsque deux ou plusieurs personnes complotent en vue de commettre un crime que lorsqu’une personne décide seule de perpétrer un acte illégal.

90

As a result, it is obvious 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. See Glanville Williams, *Criminal Law — The General Part* (2nd ed. 1961), at p. 710. It is also desirable to deter similar conduct in the future. Those who conspire to do something that turns out to be impossible betray by their actions a propensity and aptitude to commit criminal acts; and there is no reason to believe that schemers who are thwarted on one occasion will not be successful on the next. Thus, the rationale for punishing conspirators coincides with the rationale for punishing persons for attempted crimes. Not only is the offence itself seen to be harmful to society, but it is clearly in society’s best interests to make it possible for law enforcement officials to intervene before the harm occurs that would be occasioned by a successful conspiracy or, if the conspiracy is incapable of completion, by a subsequent and more successful conspiracy to commit a similar offence.

De toute évidence, 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. Voir Glanville Williams, *Criminal Law — The General Part* (2^e éd. 1961), à la p. 710. Il est également souhaitable de décourager toute conduite similaire pour l’avenir. Les personnes qui complotent en vue d’accomplir ce qui s’avère impossible démontrent leur propension et leur aptitude à commettre des actes criminels et rien ne permet de croire qu’après un premier échec, elles n’obtiendront pas les résultats escomptés la fois suivante. Les raisons invoquées pour justifier la punition des auteurs de tentatives de crimes peuvent également l’être pour justifier celle des conspirateurs. Non seulement l’infraction en soi est considérée néfaste pour la société, mais encore l’intérêt de la société commande que les personnes chargées de l’application de la loi puissent intervenir avant que le préjudice que causerait le complot ne se réalise ou, s’il est irréalisable, avant qu’un nouveau complot en vue de commettre une infraction semblable ne réussisse.

(b) *Is Impossibility a Defence to Conspiracy?*

By virtue of the “preliminary” nature of the offence of criminal conspiracy, the mere fact that money was not transferred to Mr. Cohen for laundering by Mr. Dynar would not preclude a finding that a conspiracy existed between them. Criminal liability will still ensue, as long as the agreement and the common intention can be proved. Does it make any difference to the potential liability of the conspirators that they could not have committed the substantive offence even if they had done everything that they set out to do? Put another way, should conspirators escape liability because, owing to matters entirely outside their control, they are mistaken with regard to an attendant circumstance that must exist for their plan to be successful? Such a result would defy logic and could not be justified.

Impossibility as a defence to a charge of criminal conspiracy has received comparatively little attention by courts or academic writers. *Director of Public Prosecutions v. Nock*, [1978] 2 All E.R. 654 (H.L.), is the leading English case which considered the applicability of the defence of impossibility in a charge of conspiracy. In that case, the conspiracy was found to consist of an agreement to produce cocaine on a particular occasion from a specific substance. The agreement was impossible to carry out because the substance chosen was incapable of producing cocaine. The impossibility of carrying out this agreement was the basis for the conclusion that the same distinction between factual and legal impossibility that we have criticized in the law of attempt ought to apply to the law of conspiracy. The respondent relies upon *Nock*, and urges the adoption of legal impossibility as a defence to criminal conspiracy in Canada. This submission cannot be accepted.

In England, *Nock* has been specifically overtaken by the *Criminal Attempts Act 1981*, s. 5, which now makes criminal liability for conspiracy

b) *L'impossibilité peut-elle être opposée à une accusation de complot?*

Étant donné la nature «préliminaire» de l'infraction de complot criminel, le simple fait que l'argent n'a pas été remis à M. Cohen pour être recyclé par M. Dynar ne fait pas obstacle à une conclusion de complot. Leur responsabilité pénale sera retenue dans la mesure où l'existence d'une entente et d'une intention commune peut être prouvée. Le fait qu'il était impossible pour les conspirateurs de commettre l'infraction matérielle précise même en prenant toutes les mesures prévues a-t-il une incidence quelconque sur leur responsabilité éventuelle? Autrement dit, les conspirateurs devraient-ils être exonérés parce que, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, ils se sont trompés quant à l'existence d'une circonstance dont dépend le succès de leur entreprise? Pareil résultat défierait la logique et serait injustifiable.

Le recours à l'impossibilité comme moyen de défense à une accusation de complot a comparativement très peu retenu l'attention de la doctrine et de la jurisprudence. La décision *Director of Public Prosecutions c. Nock*, [1978] 2 All E.R. 654 (H.L.), est l'arrêt de principe en Angleterre sur la question de savoir si l'on peut opposer l'impossibilité à une accusation de complot. Dans cette affaire, le complot consistait en une entente en vue de produire de la cocaïne à une occasion donnée à partir d'une substance particulière. La mise à exécution de l'entente était impossible parce que la substance choisie ne pouvait pas produire de cocaïne. Le tribunal s'est fondé sur l'impossibilité de mettre l'entente à exécution pour conclure que la distinction entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit, que nous avons critiquée relativement à la tentative, devait s'appliquer au complot. L'intimé s'appuie sur l'arrêt *Nock*, et demande instamment à la Cour de reconnaître que l'impossibilité peut être invoquée à l'encontre d'une accusation de complot au Canada. Cet argument ne peut être retenu.

En Angleterre, l'arrêt *Nock* a été expressément écarté par la *Criminal Attempts Act 1981*, art. 5, qui permet maintenant que soient tenus pénalement

91

92

93

possible where the accused are mistaken as to an attendant circumstance that is necessary to prove the full offence. Effectively, this precludes the defence of legal impossibility as understood in *Nock, supra*, but preserves the defence for “imaginary crimes”. As we have seen, the latter term encompasses situations where individuals do something they believe contravenes the law when it does not. Thus, for example, in England it is not a crime to conspire to purchase Scotch whisky, because the purchase of that whisky is not a crime known to English law.

ment responsables d’un complot les accusés qui se trompent quant à l’existence d’une circonstance nécessaire pour établir la consommation de l’infraction. Cette disposition interdit, de fait, d’invoquer en défense l’impossibilité de droit au sens de l’arrêt *Nock*, précité, mais elle préserve le moyen de défense pour le «crime imaginaire». Comme nous l’avons vu, cette dernière expression s’entend notamment des cas où l’agent accomplit des actes en croyant qu’il contrevient à la loi, alors qu’il n’en est rien. Par exemple, en Angleterre, le fait de comploter pour acheter du whisky écossais ne constitue pas un crime parce que l’achat de ce type de whisky ne constitue pas un crime connu en droit anglais.

⁹⁴ Section 465(1)(c) of the Canadian *Criminal Code* does not specifically state that criminal liability for conspiracy can ensue where the substantive offence is impossible to commit. However, even in the absence of such an explicit legislative direction, the analysis of the House of Lords in *Nock* should not be accepted. The case has been rightly subjected to both academic and judicial criticism, and to the extent that it is based on the same distinction between factual and legal impossibility that has been applied in the law of attempt, it too is conceptually untenable.

L’alinéa 465(1)c) du *Code criminel* du Canada ne prévoit pas expressément qu’une personne peut être tenue pénalement responsable d’un complot lorsque la perpétration de l’infraction matérielle précise est impossible. Néanmoins, même si la loi n’énonce pas un tel principe, l’analyse effectuée par la Chambre des lords dans l’arrêt *Nock* ne devrait pas être retenue. Cet arrêt a été critiqué à juste titre par la doctrine et la jurisprudence. Dans la mesure où il repose sur la distinction établie entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit, qui a été appliquée en matière de tentative, il est tout aussi indéfendable sur le plan conceptuel.

⁹⁵ In England, the acceptance of legal impossibility as a defence to conspiracy in *Nock* was predicated on the adoption by the House of Lords of the same position regarding the law of attempt: see *Haughton v. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109. The House of Lords has now expressly overruled the *Haughton* decision in *R. v. Shivpuri*, [1986] 2 All E.R. 334. They did so on the basis that quite apart from the provisions of the *Criminal Attempts Act 1981*, the distinction between factual and legal impossibility is untenable in the law of attempt. The application of the distinction in *Nock* must now be questioned as well, even in the absence of legislative amendment. Accordingly, the desirability of using the *Nock* principles in Canada has been appropriately doubted by Cadsby Prov. Ct. J. in *R. v. Atkinson*, [1987] O.J. No. 1930. The New Zealand Court of Appeal has also rejected *Nock*,

En Angleterre, la reconnaissance de la défense d’impossibilité de droit invoquée à l’encontre d’une accusation de complot s’appuyait, dans l’arrêt *Nock*, sur la décision de la Chambre des lords de souscrire au même raisonnement en ce qui concerne la tentative: voir *Haughton c. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109. La Chambre des lords a maintenant expressément renversé l’arrêt *Haughton* dans l’arrêt *R. c. Shivpuri*, [1986] 2 All E.R. 334, pour le motif qu’abstraction faite des dispositions de la *Criminal Attempts Act 1981*, la distinction entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit ne saurait tenir en ce qui a trait à la tentative. L’application de la distinction établie dans l’arrêt *Nock* doit maintenant être remise elle aussi en question, même en l’absence de modification législative. Ainsi, l’opportunité d’appliquer au Canada les principes énoncés dans l’arrêt *Nock* a été mise en

except perhaps in the case of “imaginary crimes”: *R. v. Sew Hoy*, [1994] 1 N.Z.L.R. 257.

A number of Canadian academic authorities have also been justly critical of the use of the distinction between factual and legal impossibility in the law of conspiracy, and in particular, have criticized the *Nock* case for this reason. Most writers take the position that if the distinction between factual and legal impossibility is rejected in the case of attempt, it should *a fortiori* be rejected for conspiracy. Thus, for example, Colvin in *Principles of Criminal Law, supra*, at p. 358, indicates, in a discussion that deals primarily with the law of attempt, that he prefers the view that “impossibility of execution is never a defence to inchoate liability in Canada”. Since this position is clear in the *Criminal Code* with regard to attempt, “there is no good reason to treat conspiracy and other forms of inchoate liability any differently”.

Professor Stuart in *Canadian Criminal Law, supra*, at pp. 644-45, convincingly contends that the same rationale for rejecting the distinction between factual and legal impossibility in the law of attempt should apply to the law of conspiracy. He puts his position in this way (at p. 644):

If conspiracy is considered, as it has been suggested that it should, as a preventive crime owing its existence to the fact that it is a step, even though a limited one, towards the commission of a full offence, it is difficult to see why the approach to impossibility should differ.

According to Professor Alan Mewett and Morris Manning in *Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 341, if it were not for the decision in *Nock*, the question as to whether impossibility should constitute a defence to the offence of

doute avec raison par le juge Cadsby de la Cour provinciale dans l’affaire *R. c. Atkinson*, [1987] O.J. No. 1930. La Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande a aussi rejeté l’arrêt *Nock*, sauf peut-être dans le cas des «crimes imaginaires»: *R. c. Sew Hoy*, [1994] 1 N.Z.L.R. 257.

Un certain nombre d’auteurs canadiens ont aussi émis des critiques justifiées à l’endroit du recours à la distinction établie entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit en matière de complot; ils ont critiqué plus particulièrement l’arrêt *Nock* pour cette raison. La plupart des auteurs ont exprimé l’opinion que, s’il convient de rejeter la distinction entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit en ce qui a trait à la tentative, ce rejet s’impose à plus forte raison en ce qui a trait au complot. Par exemple, Colvin, dans *Principles of Criminal Law, op. cit.*, à la p. 358, indique, dans un exposé qui porte principalement sur les règles applicables à la tentative, qu’il est favorable à l’idée que [TRADUCTION] «l’impossibilité d’exécution ne constitue jamais un moyen de défense en matière de responsabilité secondaire au Canada». Ce principe étant clairement exprimé relativement à la tentative dans le *Code criminel*, [TRADUCTION] «aucun motif valable ne justifie qu’on traite différemment le complot et d’autres formes de responsabilité secondaire».

Dans *Canadian Criminal Law, op. cit.*, aux pp. 644 et 645, le professeur Stuart fait valoir de façon convaincante que le raisonnement suivi pour rejeter la distinction entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit en matière de tentative doit aussi s’appliquer en matière de complot. Voici l’explication qu’il donne (à la p. 644):

[TRADUCTION] Si le complot est considéré, tel qu’on l’a proposé, comme une infraction à vocation préventive parce qu’elle constitue une étape, bien que limitée, vers la perpétration d’une infraction parfaite, il est difficile d’imaginer pourquoi la question de l’impossibilité devrait être abordée différemment.

Selon les professeurs Alan Mewett et Morris Manning dans *Mewett & Manning on Criminal Law* (3^e éd. 1994), à la p. 341, si ce n’était l’arrêt *Nock*, la question de savoir si l’impossibilité peut être invoquée en défense à l’encontre d’une accu-

96

97

98

conspiracy ought not to arise at all. In *Nock*, the House of Lords held that because the offence can never materialize, “[t]here was no *actus reus* because there was no act of agreeing to commit an offence”. Mewett and Manning criticize this reasoning as unsound because “[i]t is wrong to think that there is something that can, in the abstract, be called an *actus reus*”. It is the agreement that is the *actus*, and the intention to do the act that is unlawful (the *mens rea*) that turns the agreement into an *actus reus*, or a “guilty act”. These authors would restrict the availability of the defence of impossibility to situations of “true” legal impossibility (which we have referred to as imaginary crimes), where persons conspire to do something that is not a crime known to law regardless of whether the facts are as the accused believe them to be.

sation de complot ne se poserait même pas. Dans l’arrêt *Nock*, la Chambre des lords a statué que, comme l’infraction ne peut jamais se matérialiser, [TRADUCTION] «[i]l n’y a pas d’*actus reus* parce qu’il n’y a pas eu d’entente en vue de commettre une infraction». Mewett et Manning condamnent ce raisonnement, le jugeant mal fondé parce qu’il [TRADUCTION] «[e]st erroné de croire qu’il existe ce qu’on pourrait, dans l’abstrait, appeler l’*actus reus*». C’est l’entente qui constitue l’*actus*, et l’intention d’accomplir l’acte illégal (la *mens rea*) qui transforme l’entente en un *actus reus*, ou en un «acte coupable». Ces auteurs restreindraient le recours à la défense d’impossibilité aux cas d’impossibilité de droit «véritables» (que nous avons qualifiés de crimes imaginaires), lorsque des personnes complotent en vue de commettre des actes qui ne constituent pas un crime en droit, peu importe que les faits aient été tels que les accusés les croyaient.

⁹⁹ Canadian courts have only rarely considered this issue. In *R. v. Chow Sik Wah*, [1964] 1 C.C.C. 313, the Ontario Court of Appeal, in a case involving conspiracy to commit forgery, held at p. 315 that “[i]n a prosecution for conspiracy a conviction may not be registered if the operation for the commission of which the accused allegedly conspired would, if accomplished, not have made the accused guilty of the substantive offence”. The respondent obviously finds comfort in this case.

Les tribunaux canadiens se sont rarement prononcés sur la question. Dans l’arrêt *R. c. Chow Sik Wah*, [1964] 1 C.C.C. 313, la Cour d’appel de l’Ontario a statué, dans une affaire de complot en vue de commettre un faux, à la p. 315, que [TRADUCTION] «[d]ans une poursuite pour complot, une déclaration de culpabilité ne peut être prononcée si l’opération visée par le complot allégué n’aurait pu, si elle avait été réalisée, entraîner la culpabilité de l’accusé au titre de l’infraction matérielle précise». L’intimé considère manifestement cet arrêt comme favorable à sa cause.

¹⁰⁰ Although some of the language in *Chow Sik Wah* suggests a more general acceptance of the defence of legal impossibility in a case of conspiracy, the case was decided on a much narrower basis. There the substantive offence was defined as involving the making of a false document, knowing it to be false. The resolution of the case turned on the definition of “false document”. Kelly J.A. held that the photograph of the false document was not itself a false document. Therefore, the crime could not be committed regardless of the intention of the accused. There was no issue as to mistaken belief regarding particular circumstances. The accused simply intended to do something which

Bien que certains passages de l’arrêt *Chow Sik Wah* laissent croire à une reconnaissance plus générale de l’impossibilité de droit comme moyen de défense dans une affaire de complot, la décision a une portée beaucoup plus étroite. En l’occurrence, l’infraction matérielle précise a été définie comme le fait de créer un faux document en le sachant faux. L’affaire reposait sur la définition de l’expression «faux document». Le juge Kelly de la Cour d’appel a conclu que la photographie du faux document n’était pas en soi un faux document. En conséquence, le crime ne pouvait être commis, peu importe l’intention des accusés. La question de la croyance erronée à des circonstances particulières

was not prohibited by law. In addition, Kelly J.A. found that the Crown had not established that the photograph was intended to be used to induce anyone to believe that the reproduced document was genuine.

Chow Sik Wah should only be accepted as authority for the proposition that impossibility can be a defence to a charge of conspiracy where the conspirators intend to commit an “imaginary crime”. This approach to impossibility and conspiracy has also been taken in older cases dealing with economic conspiracies: see for example *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403, at p. 406, citing *R. v. Whitchurch* (1890), 24 Q.B.D. 420.

None of these authorities stands in the way of a conclusion that, from a purely conceptual perspective, the distinction between factual and legal impossibility is as unsound in the law of conspiracy as it is in the law of attempt. As we concluded in discussing impossible attempts, cases of so-called “legal” impossibility turn out to be cases of factual impossibility and the distinction collapses, except in cases of “imaginary crimes”. Conspiracy to commit such fanciful offences of course cannot give rise to criminal liability.

Furthermore, like attempt, conspiracy is a crime of intention. The factual element — or *actus reus* — of the offence is satisfied by the establishment of the agreement to commit the predicate offence. This factual element does not have to correspond with the factual elements of the substantive offence. The goal of the agreement, namely the commission of the substantive offence, is part of the mental element — or *mens rea* — of the offence of conspiracy.

The conspiracy alleged in the case at bar involves the commission of an offence that requires knowledge of a circumstance as one of its essential elements. When a substantive offence

n’a pas été soulevée. Les accusés avaient simplement l’intention d’accomplir un acte non interdit par la loi. De plus, le juge Kelly de la Cour d’appel a conclu que le ministère public n’avait pas établi que la photographie était destinée à être utilisée pour inciter quelqu’un à croire que le document reproduit était authentique.

L’arrêt *Chow Sik Wah* ne devrait être invoqué pour affirmer que l’impossibilité peut être invoquée en défense à l’encontre d’une accusation de complot que si les conspirateurs avaient l’intention de commettre un «crime imaginaire». Cette façon d’aborder la question de l’impossibilité et du complot a été retenue dans la jurisprudence moins récente portant sur les complots économiques: voir, par exemple, *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403, à la p. 406, où l’on cite *R. c. Whitchurch* (1890), 24 Q.B.D. 420.

Aucune de ces sources n’interdit de conclure que, sur le plan purement conceptuel, la distinction entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit n’est pas mieux fondée parce qu’il s’agit d’un complot plutôt que d’une tentative. Comme nous l’avons vu en analysant la tentative d’infraction impossible, la soi-disant impossibilité «de droit» est en réalité un cas d’impossibilité de fait et cette distinction ne vaut plus, sauf dans les cas de «crimes imaginaires». Un complot en vue de perpétrer une infraction aussi fantaisiste ne peut bien sûr pas engager la responsabilité pénale.

En outre, à l’instar de la tentative, le complot constitue un crime d’intention. L’élément matériel — ou *actus reus* — de l’infraction est établi par la preuve qu’il y a eu entente en vue de commettre l’infraction sous-jacente. Cet élément matériel ne doit pas nécessairement correspondre aux éléments matériels de l’infraction matérielle précise. Le but de l’entente, c’est-à-dire la perpétration de l’infraction matérielle précise, fait partie de l’élément moral — ou *mens rea* — de l’infraction de complot.

Le complot allégué en l’espèce vise la perpétration d’une infraction dont l’un des éléments essentiels est la connaissance d’un fait. Lorsqu’une infraction matérielle précise exige la connaissance

101

102

103

104

requires knowledge of a particular circumstance, the Crown is required to prove a subjective element, which is best described as belief that the particular circumstance exists. The Crown is also required to prove an objective element, namely the truth of the circumstance. It is the presence of the objective circumstance that translates the subjective belief into knowledge or “true belief”.

105 However, since the offence of conspiracy only requires an intention to commit the substantive offence, and not the commission of the offence itself, it does not matter that, from an objective point of view, commission of the offence may be impossible. It is the subjective point of view that is important, and from a subjective perspective, conspirators who intend to commit an indictable offence intend to do everything necessary to satisfy the conditions of the offence. The fact that they cannot do so because an objective circumstance is not as they believe it to be does not in any way affect this intention. The intention of the conspirators remains the same, regardless of the absence of the circumstance that would make the realization of that intention possible. It is only in retrospect that the impossibility of accomplishing the common design becomes apparent.

106 If the failure of a conspiracy as a result of some defect in the attendant circumstances were to be considered to constitute “legal” impossibility and as such a defence to a charge of conspiracy, the fact that the conspirators are not culpable becomes a matter of pure luck, divorced from their true intentions. This result is unacceptable. Rather it would be consistent with the law of conspiracy to hold that the absence of the attendant circumstance has no bearing on the intention of the parties, and therefore no bearing on their liability.

107 It has long been accepted that conspirators can be punished for their agreement (*actus reus*) and their intention to commit the offence (*mens rea*). This is true even though the police intervene to prevent the conspirators from committing the substantive offence which was the aim of the conspiracy. By the same token, it should make no difference to the culpability of the conspirators if the

d’un fait particulier, le ministère public est tenu de prouver un élément subjectif, qu’on pourrait le mieux décrire comme la croyance en ce fait particulier. Il doit en outre établir un élément objectif, soit la réalité de ce fait. C’est l’existence de l’élément objectif qui transforme la croyance subjective en connaissance ou en «croyance conforme à la réalité».

Toutefois, comme l’infraction de complot exige seulement l’intention de commettre l’infraction matérielle précise, et non la perpétration de l’infraction même, il est indifférent, du point de vue objectif, que la perpétration de l’infraction puisse être impossible. C’est le point de vue subjectif qui importe et, de ce point de vue, les conspirateurs qui ont l’intention de commettre un acte criminel ont l’intention de prendre toutes les mesures nécessaires pour constituer l’infraction. L’impossibilité d’y parvenir parce qu’un fait objectif n’est pas tel qu’ils le croient n’a aucune incidence sur cette intention. L’intention des conspirateurs demeure la même, sans égard à l’absence du fait qui rendrait possible la réalisation de leur intention. Ce n’est que rétrospectivement qu’on pourra constater l’impossibilité de mettre à exécution leur projet commun.

S’il fallait considérer que l’échec d’un complot imputable à un concours de circonstances défavorables constitue une impossibilité «de droit» et peut de ce fait être invoqué à l’encontre d’une accusation de complot, l’innocence des conspirateurs serait le fruit du hasard et n’aurait aucun lien avec leur véritable intention. Ce résultat est inacceptable. Assurément, il serait conforme aux règles de droit applicables en matière de complot de décider que l’absence d’une circonstance particulière n’a aucun effet sur l’intention des parties et, par tant, sur leur responsabilité.

Il est depuis longtemps admis que les conspirateurs sont punissables du fait de leur entente (*actus reus*) et de leur intention de commettre l’infraction (*mens rea*). Cela vaut même lorsque les policiers interviennent pour empêcher les conspirateurs de commettre l’infraction matérielle précise qu’ils complotaient de perpétrer. Il s’ensuit que la culpabilité des conspirateurs ne devrait pas être atténuée

police intervene in a way that makes the offence impossible to commit because, for example, the money to be laundered is not derived from crime. The conspirators could still be properly convicted on the basis that the agreement to do the unlawful object is considered dangerous to society and reprehensible in itself.

This approach does not substitute a different mental element for the offence of conspiracy from that required for the substantive offence of money laundering. In those offences that require knowledge, the mental element is belief. Therefore, the subjective state of mind of a money launderer is the belief that the money is derived from an illicit source. Similarly, the subjective state of mind of the person who conspires with others to launder money is also the belief that the money is derived from an illicit source. For the substantive offence to be committed, the objective circumstance — the existence of actual proceeds of crime — must also exist. But this is not the objective element of the offence of conspiracy. The essential element of conspiracy is the existence of the agreement to put the intention of the conspirators into effect.

It follows from all that has been said above that a conspiracy to commit a crime which cannot be carried out because an objective circumstance is not as the conspirators believed it to be is still capable of giving rise to criminal liability in Canada. Legal impossibility cannot be invoked as a defence to the charge.

(c) *Application of These Principles to this Case*

The only reason that the conspiracy alleged to exist between Mr. Dynar and Mr. Cohen was considered “impossible” was because one external circumstance — the existence of actual proceeds of crime — was absent. Yet, the absence of this circumstance is not a defence to a charge of conspiracy.

lorsque l’intervention des policiers rend la perpétration de l’infraction impossible, par exemple, parce que l’argent à recycler n’est pas d’origine criminelle. Les conspirateurs pourraient quand même être condamnés à bon droit parce que l’entente conclue en vue de réaliser l’objet illégal est jugée dangereuse pour la société et répréhensible en soi.

Ce raisonnement n’emporte pas, pour l’infraction de complot, la substitution d’un élément moral différent de celui qui est exigé pour l’infraction matérielle précise de recyclage des produits de la criminalité. S’agissant d’infractions exigeant la connaissance, l’élément moral est la croyance. En conséquence, l’état d’esprit subjectif requis de la personne qui recycle de l’argent est la croyance que l’argent provient d’une source illicite. De même, l’état d’esprit subjectif de la personne qui complotte avec d’autres en vue de recycler de l’argent consiste à croire que l’argent provient d’une source illicite. Pour que l’infraction matérielle précise soit commise, le fait objectif — l’existence de produits de la criminalité — doit aussi exister. Mais il ne s’agit pas là de l’élément objectif de l’infraction de complot. L’élément essentiel du complot est l’existence d’une entente conclue en vue de mettre à exécution l’intention des conspirateurs.

Il s’ensuit qu’il est encore possible, au Canada, d’être tenu pénalement responsable d’un complot en vue de commettre un crime impossible à consommer parce qu’un fait objectif n’est pas tel qu’on le croit. La défense d’impossibilité de droit ne peut être invoquée à l’encontre de cette accusation.

c) *Application de ces principes aux faits de l’espèce*

L’unique motif pour lequel le complot qu’auraient tramé M. Dynar et M. Cohen a été considéré «impossible» est l’absence d’une circonstance extérieure, savoir l’existence de produits de la criminalité. Pourtant, l’absence de cette circonstance ne constitue pas un moyen de défense relativement à une accusation de complot.

108

109

110

111 There is evidence that Mr. Dynar was a member of a conspiracy that included Mr. Cohen. On several occasions in the wiretapped conversations between Anthony and Mr. Dynar, Maurice Cohen was implicated as the intimate associate of Mr. Dynar in his money laundering operations. In the recorded conversations that took place between Mr. Cohen and Agent McCarthy in Buffalo, Mr. Cohen clearly indicated that he was working for Mr. Dynar and demonstrated a basic knowledge of the exchanges that took place between Mr. Dynar and Anthony. The very fact that Mr. Cohen showed up in Buffalo as arranged between Mr. Dynar and Anthony supports an inference that he and Mr. Dynar were acting in concert.

112 At a minimum, the evidence clearly supports the existence of an agreement to launder what the conspirators believed were the proceeds of crime. Furthermore, there is evidence that the agreement extended beyond the scheme that was being discussed in the “sting” operation. Mr. Dynar spoke of his operations as well-established, with worldwide affiliates, and of his ability to launder large sums of illicit money very quickly. Mr. Cohen demonstrated an intimate knowledge of the logistics of money laundering in Canada, which he indicated was a function of his association with Mr. Dynar. Finally, the appearance of Mr. Cohen in Buffalo, as arranged between Anthony and Mr. Dynar, was an overt act that suggested that Mr. Dynar’s claims about his abilities, and about his association with Mr. Cohen, were not mere “puff” and exaggeration. It is reasonable to infer that Dynar’s claims, pursuant to the agreement between Dynar and Cohen, were intended to be translated into action.

113 An RCMP officer, qualified as an expert in organized crime, testified to the interpretation of various references made by Mr. Dynar to the origin of the money. In the expert’s opinion, Mr. Dynar was clearly under the impression that he would be laundering money derived from the

Des éléments de preuve tendent à établir que M. Dynar était partie à un complot auquel participait M. Cohen. À plusieurs reprises, dans les communications interceptées entre Anthony et M. Dynar, M. Cohen a été impliqué à titre de proche associé de M. Dynar dans ses activités de recyclage d’argent. Au cours des conversations enregistrées entre M. Cohen et l’agent McCarthy, à Buffalo, M. Cohen a clairement indiqué qu’il travaillait pour M. Dynar et il a démontré qu’il connaissait la teneur générale des propos échangés entre M. Dynar et Anthony. Le simple fait que M. Cohen se soit rendu à Buffalo conformément aux arrangements pris par M. Dynar et Anthony nous permet de déduire que lui et M. Dynar agissaient de concert.

La preuve appuie nettement, à tout le moins, l’existence d’une entente en vue de recycler ce que les conspirateurs croyaient être des produits de la criminalité. En outre, des éléments de preuve tendent à établir que l’entente ne se limitait pas au scénario discuté dans le cadre de l’opération d’infiltration policière. Aux dires de M. Dynar, ses activités étaient solidement établies, avec le concours d’acolytes répartis dans le monde entier, et il était en mesure de recycler très rapidement de fortes sommes de provenance illégale. M. Cohen a démontré qu’il connaissait très bien l’organisation matérielle du recyclage d’argent au Canada, en raison, selon lui, de son association avec M. Dynar. Enfin, en se présentant au rendez-vous de Buffalo, conformément aux arrangements pris entre Anthony et M. Dynar, M. Cohen a accompli un acte manifeste qui laisse entendre que les prétentions de M. Dynar concernant ses capacités et son association avec M. Cohen ne relevaient pas de la pure vantardise et de l’exagération. Il est raisonnable de conclure que les prétentions de M. Dynar, conformément à l’entente conclue entre lui et M. Cohen, devaient être extériorisées par des actes.

Un agent de la GRC, ayant qualité d’expert en matière de crime organisé, a témoigné sur l’interprétation à donner aux différentes allusions faites par M. Dynar au sujet de la provenance de l’argent. Selon cet expert, M. Dynar pensait sans l’ombre d’un doute que l’argent qu’il devait recy-

drug trade. The evidence discloses that Mr. Cohen was under the same impression. This is demonstrated by his desire to ensure that he was not detected by the Canadian border officials while transporting the funds into Canada. It can therefore be said that both alleged conspirators had the requisite intention to commit the substantive offence of laundering money.

It is clear that the evidence presented demonstrated a *prima facie* case for extradition purposes, since it would warrant committing Mr. Dynar and Mr. Cohen for trial for conspiracy in Canada if their conduct had taken place here. Keenan J. was therefore correct in holding that Mr. Dynar was extraditable on both the charge of attempt to launder money, and conspiracy to launder money.

B. Disclosure in the Extradition Hearing: The Cross-Appeal

Mr. Dynar cross-appeals from the decision of the Ontario Court of Appeal on the basis that he was not given a fair hearing. He argues that he did not receive adequate disclosure of the involvement of the Canadian investigating authorities in the gathering of the evidence that was the basis for the committal order. This lack of disclosure, he submits, justifies a new hearing at which full disclosure should be given, which in turn may provide him with the basis for arguing that a stay of proceedings is warranted.

Alternatively, it is submitted that he will argue at a new hearing that there was a violation of his right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* because the wire-tap evidence was gathered without judicial authorization. He also contends that there was a violation of his s. 7 rights on the basis of entrapment because the “sting” operation was allegedly set up without reasonable grounds to believe that an offence was being committed. The respondent conceded in oral argument that the ultimate goal of

cler provenait du trafic de stupéfiants. La preuve révèle que M. Cohen le pensait aussi. Il l’a démontré par son désir de tout faire pour ne pas être repéré par les douaniers à la frontière canadienne lorsqu’il ferait entrer l’argent au Canada. On peut donc affirmer que les deux conspirateurs présumés avaient l’intention nécessaire pour commettre l’infraction matérielle précise de recyclage des produits de la criminalité.

À l’évidence, les éléments de preuve produits ont établi la preuve *prima facie* requise dans une procédure d’extradition, car ils justifieraient que M. Dynar et M. Cohen soient cités à procès pour complot au Canada si les actes en cause avaient été accomplis dans notre pays. Le juge Keenan a donc eu raison de décider que M. Dynar pouvait être extradé pour les deux infractions reprochées: la tentative de recyclage d’argent et le complot en vue de recycler l’argent.

B. La communication à l’audience d’extradition: le pourvoi incident

M. Dynar a formé un pourvoi incident contre l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario pour le motif qu’il n’a pas eu droit à un procès équitable. Il soutient ne pas avoir été suffisamment informé de la participation des enquêteurs canadiens aux mesures prises pour recueillir les éléments de preuve qui ont justifié la délivrance du mandat de dépôt. Il fait valoir que cette absence de communication justifie la tenue d’une nouvelle audience au cours de laquelle tous les éléments devraient lui être communiqués, ce qui pourra lui fournir des moyens pour justifier une demande de sursis d’instance.

Subsidiairement, il affirme qu’il soutiendra lors de la nouvelle audience, que son droit d’être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l’art. 8 de la *Charte*, n’a pas été respecté parce que l’interception des communications produites en preuve n’a pas été autorisée par un juge. Il prétend en outre qu’il y a eu atteinte aux droits que lui confère l’art. 7 parce qu’on lui a tendu un piège étant donné que l’opération d’infiltration policière aurait été menée en l’absence de motifs raisonnables de croire à la per-

114

115

116

these endeavours is either the exclusion of the evidence of the sting operation from the extradition proceedings, or a stay of proceedings. However, the nature of the extradition hearing, and the evidence relied upon by the Requesting State in the committal hearing, demonstrate that a new hearing is not warranted.

(1) The Nature of the Extradition Hearing

117 The extradition process in Canada is governed by the *Extradition Act*, which translates into domestic law Canada's international obligations to surrender fugitives who have committed crimes in other jurisdictions: *McVey, supra*, at p. 508. The Act establishes a two-step process for determining whether a particular fugitive should be surrendered to a foreign jurisdiction for trial.

118 The first step, the committal hearing, is the judicial phase of the process in which the fugitive is brought before a judge who determines whether the evidence justifies surrender of the fugitive. If the Requesting State has made out its case, the fugitive is committed. If not, the fugitive is discharged. If the fugitive is committed for surrender, the warrant of committal, as well as any report from the judge presiding over the committal hearing, is forwarded to the Minister of Justice, who then makes the final decision whether the fugitive should be surrendered. This second phase of the process is political in nature and is not in issue in the cross-appeal. Rather, the cross-appeal puts in issue the level of procedural protection that the fugitive is entitled to receive during the judicial phase of the process — the committal hearing.

119 Under s. 13 of the *Extradition Act*, the committal proceeding is to be conducted "in the same manner, as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada". The purpose of the extradition hearing for a fugitive accused of a crime in another jurisdiction is outlined in s. 18(1)(b), which provides:

pétration d'une infraction. L'intimé a admis dans sa plaidoirie orale que ces efforts visaient en bout de ligne à obtenir soit l'exclusion de la preuve recueillie grâce à l'opération policière, soit un sur-sis d'instance. Toutefois, la nature de l'audience d'extradition et la preuve invoquée par l'État requérant à l'audience relative à l'incarcération font ressortir qu'une nouvelle audience n'est pas justifiée.

(1) La nature de l'audience d'extradition

La procédure d'extradition au Canada est régie par la *Loi sur l'extradition* qui transpose en règles de droit interne les obligations internationales du Canada qui s'est engagé à extradier les fugitifs ayant commis des crimes à l'étranger: *McVey*, précité, à la p. 508. La loi établit une procédure en deux étapes pour déterminer si le fugitif doit être livré à un pays étranger pour y être jugé.

La première étape, l'audience relative à l'incarcération, constitue la phase judiciaire du processus au cours de laquelle le fugitif comparaît devant un juge pour que celui-ci détermine si la preuve justifie son extradition. Si l'État requérant établit le bien-fondé de sa demande, le fugitif est incarcéré. Dans le cas contraire, le fugitif est libéré. Si le fugitif est incarcéré en vue de son extradition, le mandat de dépôt, ainsi que tout rapport préparé par le juge qui a présidé l'audience relative à l'incarcération sont transmis au ministre de la Justice qui tranche alors de façon définitive la question de savoir si le fugitif doit être extradé. Cette deuxième phase du processus est de nature politique et n'est pas contestée dans le pourvoi incident. Le pourvoi incident porte plutôt sur l'étendue de la protection en matière de procédure à laquelle le fugitif a droit pendant la phase judiciaire du processus — l'audience relative à l'incarcération.

Aux termes de l'art. 13 de la *Loi sur l'extradition*, la procédure touchant l'incarcération «se déroule, dans la mesure du possible [...] comme [si le fugitif] comparait devant un juge de paix pour un acte criminel commis au Canada». Le but de l'audience d'extradition d'un fugitif accusé d'un crime commis à l'étranger est énoncé à l'al. 18(1)(b):

18. (1) The judge shall issue a warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law,

. . . .

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify the committal of the fugitive for trial, if the crime had been committed in Canada.

The extradition judge must determine whether the fugitive should be committed for surrender, which is to say whether a *prima facie* case has been demonstrated that would justify his committal for trial if his conduct had taken place in Canada.

The jurisdiction of the extradition judge is derived entirely from the statute and the relevant treaty. Pursuant to s. 3 of the Act, the statute must be interpreted as giving effect to the terms of the applicable treaty. La Forest J., writing for the majority in *McVey, supra*, at p. 519, stated that courts must find a statutory source for attributing a particular function to the extradition judge, and that “courts should not reach out to bring within their jurisdictional ambit matters that the Act has not assigned to them”. In particular, it was held in *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 553, that

absent express statutory or treaty authorization, the sole purpose of an extradition hearing is to ensure that the evidence establishes a *prima facie* case that the extradition crime has been committed. [Emphasis added.]

As a result, the role of the extradition judge has been held to be a “modest one”, limited to the determination of whether or not the evidence is sufficient to justify committing the fugitive for surrender: see, for example, *United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286, at p. 296; *Mellino, supra*, at p. 553; *McVey, supra*, at p. 526.

One of the most important functions of the extradition hearing is the protection of the liberty

18. (1) Le juge délivre un mandat de dépôt portant incarcération du fugitif dans la prison appropriée la plus rapprochée en attendant la remise de celui-ci à l’État étranger ou sa libération conformément à la loi:

. . . .

b) dans le cas où le fugitif n’est qu’accusé d’un crime donnant lieu à l’extradition, lorsque les éléments de preuve produits justifieraient en droit canadien, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, sa citation à procès si le crime avait été commis au Canada.

Le juge d’extradition doit déterminer s’il faut incarcérer le fugitif en vue de son extradition, c’est-à-dire qu’il décide si une preuve *prima facie* a été établie qui justifierait sa citation à procès si les actes qu’on lui reproche avaient été commis au Canada.

Les pouvoirs du juge d’extradition lui sont conférés exclusivement par la loi et le traité applicable. Aux termes de l’art. 3 de la loi, celle-ci doit recevoir une interprétation favorable à la mise en œuvre du traité applicable. Le juge La Forest a déclaré, au nom de la majorité, dans l’arrêt *McVey*, précité, à la p. 519, que les tribunaux doivent trouver un fondement législatif à chaque fonction particulière qu’ils attribuent à un juge d’extradition et que «les tribunaux ne devraient pas se déclarer compétents à l’égard de questions que la Loi ne leur a pas confiées». Il a notamment été décidé ce qui suit, dans l’affaire *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 553:

. . . en l’absence d’une autorisation expresse découlant d’une loi ou d’un traité, l’unique but d’une audience d’extradition est de s’assurer que la preuve établit une apparence suffisante de la perpétration d’un crime donnant lieu à l’extradition. [Nous soulignons.]

En conséquence, le rôle du juge d’extradition a été jugé «modeste», limité à déterminer si la preuve est suffisante ou non pour justifier l’incarcération du fugitif en vue de son extradition: voir, par exemple, *États-Unis d’Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286, à la p. 296; *Mellino*, précité, à la p. 553; *McVey*, précité, à la p. 526.

L’une des fonctions les plus importantes de l’audience d’extradition consiste à protéger la liberté

of the individual. It ensures that an individual will not be surrendered for trial in a foreign jurisdiction unless, as previously mentioned, the Requesting State presents evidence that demonstrates on a *prima facie* basis that the individual has committed acts in the foreign jurisdiction that would constitute criminal conduct in Canada. See *McVey, supra*, at p. 519; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, at p. 245, *per* Laskin J. (as he then was); *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 515. The extradition judge may also have limited *Charter* jurisdiction under s. 9(3) of the amended *Extradition Act*, although it is not necessary to delineate the scope of that jurisdiction in this appeal.

individuelle. Elle garantit qu'une personne ne sera pas extradée pour subir son procès à l'étranger à moins que l'État requérant ne présente, tel qu'il a été expliqué précédemment, une preuve établissant une apparence suffisante de la commission à l'étranger par cette personne d'actes qui constitueraient un crime au Canada. Voir *McVey*, précité, à la p. 519; *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, à la p. 245, le juge Laskin (plus tard Juge en chef); *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, à la p. 515. Le juge d'extradition peut également être investi de pouvoirs limités concernant la *Charte* sous le régime du par. 9(3) de la *Loi sur l'extradition*, modifiée, mais il n'est pas nécessaire de préciser la portée de cette compétence pour trancher le présent pourvoi.

122 A judge hearing an application for extradition has an important role to fulfil. Yet it cannot be forgotten that the hearing is intended to be an expedited process, designed to keep expenses to a minimum and ensure prompt compliance with Canada's international obligations. As La Forest J. stated for the majority in *McVey, supra*, at p. 551, "extradition proceedings are not trials. They are intended to be expeditious procedures to determine whether a trial should be held". In fact, in some contexts, a requirement for more "trial-like" procedures at the extradition committal stage may "cripple the operation of the extradition proceedings": *McVey, supra*, at p. 528. See also *Schmidt, supra*, at p. 516.

Le juge saisi d'une demande d'extradition a un rôle important à jouer. Pourtant, il ne faut pas oublier que l'audience doit être un processus accéléré, conçu pour maintenir les dépenses à leur niveau le plus bas et pour garantir l'exécution rapide des obligations internationales du Canada. Comme le juge La Forest l'a affirmé, au nom de la majorité dans l'arrêt *McVey*, précité, à la p. 551, «les procédures d'extradition ne sont pas des procès». Elles sont conçues comme des procédures expéditives pour déterminer s'il doit y avoir un procès». En fait, dans certains contextes, l'obligation de recourir à une procédure qui tient d'avantage du procès à l'étape de l'incarcération en vue de l'extradition pourrait «nuire au fonctionnement des procédures en matière d'extradition»: *McVey*, précité, à la p. 528. Voir aussi *Schmidt*, précité, à la p. 516.

(2) The Application of the *Charter* to Extradition Proceedings

(2) L'application de la *Charte* aux procédures d'extradition

123 There is no doubt that the *Charter* applies to extradition proceedings. Yet s. 32 of the *Charter* provides that it is applicable only to Canadian state actors. Pursuant to principles of international comity as well, the *Charter* generally cannot apply extraterritorially: see, for example, *Schmidt, supra*, at pp. 518 and 527; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564, at p. 571; *Mellino, supra*, at p. 552.

Il est certain que la *Charte* s'applique aux procédures d'extradition. Néanmoins, l'art. 32 de la *Charte* précise qu'elle ne s'applique qu'aux représentants de l'État canadien. Du reste, en vertu des principes de la courtoisie internationale, la *Charte* ne saurait en règle générale recevoir d'application extraterritoriale: voir, par exemple, *Schmidt*, précité, aux pp. 518 et 527; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564, à la p. 571; *Mellino*, précité, à la p. 552.

The *Charter* does therefore guarantee the fairness of the committal hearing. The Minister's discretion in deciding to surrender the fugitive may also attract *Charter* scrutiny. In both instances, s. 7 of the *Charter*, which provides that an individual has a right not to be deprived of life, liberty or security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice, will be most frequently invoked. It is obvious that the liberty and security of the person of the fugitive are at stake in an extradition proceeding. The proceedings must therefore be conducted in accordance with the principles of fundamental justice: see A. W. La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada* (3rd ed. 1991), at p. 132; *Schmidt, supra*, at pp. 520-21.

Even where there is a sufficient involvement of Canadian authorities in the proceedings to justify applying the *Charter*, courts must proceed with caution. It has been observed that "judicial intervention must be limited to cases of real substance": *Schmidt, supra*, at p. 523. To do otherwise might all too easily place Canada in a position of violating its international obligations: see *La Forest's Extradition, supra*, at p. 25.

Mr. Dynar has not argued that the situation he will face in the United States is in any way oppressive or unacceptable. Indeed, before such an argument could succeed the fugitive would have to demonstrate that he will be subjected to egregious conduct that would "shock the conscience" or that would be "simply unacceptable": *Schmidt, supra*, at p. 522; *Allard, supra*, at p. 572. Rather the focus of Mr. Dynar's argument is on his entitlement under s. 7 of the *Charter* to procedural safeguards in the form of disclosure in connection with the extradition hearing.

(3) Applicable Procedural Safeguards at the Extradition Hearing

(a) *The Right to Disclosure of Materials in the Hands of the Requesting State*

Mr. Dynar's submission is that he was entitled to a high level of disclosure in the extradition pro-

124
La *Charte* garantit donc le caractère équitable de l'audience relative à l'incarcération. Le pouvoir discrétionnaire du ministre d'extrader le fugitif peut également faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Dans les deux cas, l'art. 7 de la *Charte*, selon lequel il ne peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, sera le plus souvent invoqué. Il est évident que la liberté et la sécurité de la personne d'un fugitif sont en jeu dans une procédure d'extradition. Cette procédure doit donc se dérouler en conformité avec les principes de justice fondamentale: voir A. W. La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada* (3^e éd. 1991), à la p. 132; *Schmidt*, précité, aux pp. 520 et 521.

125
Même lorsque les autorités canadiennes participent suffisamment à la procédure pour justifier l'application de la *Charte*, les tribunaux doivent faire preuve de prudence. On a fait remarquer que «l'intervention des tribunaux doit se limiter aux cas où cela s'impose»: *Schmidt*, précité, à la p. 523. Agir autrement pourrait trop facilement placer le Canada dans une situation où il manquerait à ses obligations internationales: voir *La Forest's Extradition, op. cit.*, à la p. 25.

126
M. Dynar n'a pas prétendu que la situation dans laquelle il se retrouverait aux États-Unis serait oppressive ou inacceptable à quelque égard. En fait, pour invoquer un tel argument avec succès, le fugitif devrait démontrer qu'il subirait un traitement inusité qui «choque la conscience» ou qui est «simplement inacceptable»: *Schmidt*, précité, à la p. 522; *Allard*, précité, à la p. 572. M. Dynar a plutôt fait porter l'essentiel de ses arguments sur les garanties procédurales en matière de communication que lui accorde la *Charte* relativement à l'audience d'extradition.

(3) Garanties procédurales applicables à l'audience d'extradition

a) *Le droit à la communication des éléments en la possession de l'État requérant*

127
Selon M. Dynar, il a droit à une communication très étendue dans le cadre de la procédure d'extra-

ceeding so that he could make full answer and defence in accordance with his s. 7 *Charter* rights. The essence of Mr. Dynar's argument is that an attenuated version of the rules set out in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, and *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, should apply. Although the level of disclosure required in an extradition proceeding does not have to be definitively resolved in this case, some comments pertaining to this issue should be made.

dition afin de pouvoir présenter une défense pleine et entière en conformité avec les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Pour l'essentiel, M. Dynar soutient qu'une version assouplie des règles établies dans les arrêts *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, et *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, doit s'appliquer. Bien qu'il ne soit pas nécessaire en l'espèce de trancher la question de l'étendue de la communication requise dans une procédure d'extradition, il y a lieu de formuler certaines remarques à ce sujet.

128

Even though the extradition hearing must be conducted in accordance with the principles of fundamental justice, this does not automatically entitle the fugitive to the highest possible level of disclosure. The principles of fundamental justice guaranteed under s. 7 of the *Charter* vary according to the context of the proceedings in which they are raised. It is clear that there is no entitlement to the most favourable procedures imaginable: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 361-62. For example, more attenuated levels of procedural safeguards have been held to be appropriate at immigration hearings than would apply in criminal trials. See *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711. The same approach is equally applicable to an extradition proceeding. While it was stated in *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at p. 658, that the committal hearing in the extradition process is "certainly judicial in its nature and warrants the application of the full panoply of procedural safeguards", it was held that the extent and nature of procedural protection guaranteed by s. 7 of the *Charter* in an extradition proceeding will depend on the context in which it is claimed (at pp. 656-57).

L'audience d'extradition doit respecter les principes de justice fondamentale, mais il ne s'ensuit pas que le fugitif a nécessairement droit à la communication la plus complète possible. Les principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte* varient selon le contexte de la procédure dans le cadre de laquelle ils sont soulevés. À l'évidence, il n'existe pas de droit à la procédure la plus favorable qu'on puisse imaginer: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 361 et 362. Ainsi, on a jugé que des garanties procédurales moins strictes que celles applicables dans le cadre d'un procès criminel convenaient aux audiences en matière d'immigration. Voir *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711. Cette solution vaut également pour la procédure d'extradition. Certes, l'arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, à la p. 658, précise que l'audience relative à l'incarcération dans la procédure d'extradition est «certainement judiciaire de par sa nature et justifie l'application de toute la gamme des garanties en matière de procédure», mais il dit aussi que l'étendue et la nature de la protection procédurale garantie par l'art. 7 de la *Charte* dans une procédure d'extradition dépendra du contexte dans lequel elle est réclamée (aux pp. 656 et 657).

129

The context and purpose of the extradition hearing will shape the level of procedural protection that is available to a fugitive. In *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 844, the position was put by the majority in this way:

Le contexte et l'objet de l'audience d'extradition déterminent l'importance de la protection accordée au fugitif en matière de procédure. Dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, à la p. 844, la Cour à la majorité s'est exprimée comme suit:

While the extradition process is an important part of our system of criminal justice, it would be wrong to equate it to the criminal trial process. It differs from the criminal process in purpose and procedure and, most importantly, in the factors which render it fair. Extradition procedure, unlike the criminal procedure, is founded on the concepts of reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions.

See also *Mellino*, *supra*, at p. 551.

It follows that it is neither necessary nor appropriate to simply transplant into the extradition process all the disclosure requirements referred to in *Stinchcombe*, *supra*, *Chaplin*, *supra*, and *O'Connor*, *supra*. Those concepts apply to domestic criminal proceedings, where onerous duties are properly imposed on the Crown to disclose to the defence all relevant material in its possession or control. This is a function of an accused's right to full answer and defence in a Canadian trial. However, the extradition proceeding is governed by treaty and by statute. The role of the extradition judge is limited and the level of procedural safeguards required, including disclosure, must be considered within this framework.

Procedures at the extradition hearing are of necessity less complex and extensive than those in domestic preliminary inquiries or trials. Earlier decisions have wisely avoided imposing procedural requirements on the committal hearing that would render it very difficult for Canada to honour its international obligations. Thus, in *Mellino*, *supra*, at p. 548, reservations were expressed about procedures that would permit an extradition hearing to become the forum for lengthy examinations of the reasons for delay in either seeking or undertaking extradition proceedings. La Forest J., for the majority, held that this would be "wholly out of keeping with extradition proceedings".

Bien que le processus d'extradition constitue une partie importante de notre système de justice pénale, il serait erroné de le faire correspondre au processus d'instance criminelle. Il est différent du processus criminel par son objet et sa procédure et, ce qui est le plus important, par les facteurs qui le rendent équitable. Contrairement à la procédure criminelle, la procédure en matière d'extradition est fondée sur des concepts de réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans d'autres ressorts.

Voir aussi *Mellino*, précité, à la p. 551.

Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire ni indiqué de transposer simplement dans le processus d'extradition toutes les exigences en matière de communication mentionnées dans les arrêts *Stinchcombe*, *Chaplin* et *O'Connor*, précités. Ces concepts s'appliquent aux procédures pénales internes, dans le cadre desquelles le ministère public est à juste titre tenu de s'acquitter de lourdes obligations quant à la communication à la défense de tous les documents pertinents qu'il a en sa possession ou sur lesquels il exerce son autorité. C'est le corollaire du droit de l'accusé à une défense pleine et entière dans un procès tenu au Canada. La procédure d'extradition, elle, est régie par les stipulations d'un traité et par la loi. Le rôle du juge d'extradition est limité et l'étendue des garanties procédurales à respecter, notamment en matière de communication, doit être établie en fonction de ce contexte.

Les règles régissant la procédure dans une audience d'extradition sont nécessairement moins complexes et moins détaillées que dans une enquête préliminaire ou un procès en droit interne. Les décisions antérieures ont judicieusement évité d'assujettir l'audience relative à l'incarcération à des exigences procédurales qui gêneraient l'exécution par le Canada de ses obligations internationales. Ainsi, des réserves ont été exprimées dans l'arrêt *Mellino*, précité, à la p. 548, relativement aux règles de procédure qui feraient de l'audience d'extradition le cadre d'un examen minutieux des motifs du retard à demander l'extradition ou à engager une procédure d'extradition. Le juge La Forest a déclaré, au nom de la majorité, que cette fonction «ne conv[enait] guère à des procédures d'extradition».

130

131

- 132 The statutory powers of an extradition judge are limited. The hearing judge may receive sworn evidence offered to show the truth of the charge or conviction (s. 14), receive evidence to show that the particular crime is not an extradition crime (s. 15), and take into account sworn, duly authenticated depositions or statements taken in a foreign state (s. 16). The obligation on the Requesting State is simply to establish a *prima facie* case for the surrender of the fugitive and it is not required to go further than this. The committal hearing is neither intended nor designed to provide the discovery function of a domestic preliminary inquiry. See *Philippines (Republic) v. Pacificador* (1993), 14 O.R. (3d) 321 (C.A.), at pp. 328-39, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. x. Specifically, disclosure of the relationship between United States and Canadian authorities in an investigation is not a requirement imposed on the Requesting State under either the Act or the treaty.
- Les pouvoirs conférés par la loi au juge d'extradition sont limités. Le juge qui préside l'audience peut recevoir sous serment les témoignages visant à établir la véracité de l'accusation ou l'existence de la condamnation (art. 14), recevoir les témoignages visant à établir que le crime en cause ne constitue pas un crime donnant lieu à l'extradition (art. 15) et tenir compte des dépositions ou déclarations faites sous serment dans un État étranger et dûment authentifiées (art. 16). L'État requérant doit simplement produire une preuve *prima facie* du bien-fondé de l'extradition du fugitif, rien de plus. L'audience relative à l'incarcération n'a pas pour objet d'assurer la communication prévue dans une enquête préliminaire en droit interne et elle n'a pas été conçue à cette fin. Voir *Philippines (Republic) c. Pacificador* (1993), 14 O.R. (3d) 321 (C.A.), aux pp. 328 à 339, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. x. Plus précisément, ni la loi ni le traité n'obligent l'État requérant à révéler les rapports entre les États-Unis et les autorités canadiennes dans le cadre d'une enquête.
- 133 It was emphasized in *Mellino, supra*, at p. 555, that one of the practical difficulties with attributing jurisdiction to an extradition judge to adjudicate on matters such as unreasonable delay caused by officials either in Canada or the Requesting State is the "limited information available to an extradition judge and his jurisdictional inability to obtain it". Any requirement for disclosure that is read into the Act as a matter of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* will therefore necessarily be constrained by the limited function of the extradition judge under the Act, and by the need to avoid imposing Canadian notions of procedural fairness on foreign authorities.
- On a souligné, à la p. 555 de l'arrêt *Mellino*, précité, que l'une des difficultés pratiques à laquelle se heurterait le juge d'extradition appelé à trancher des questions telles le caractère déraisonnable d'un retard imputable aux fonctionnaires du Canada ou de l'État requérant est «le peu d'informations dont dispose un juge d'extradition et son défaut de compétence pour obtenir de plus amples renseignements». Toute obligation de communication que l'on considérerait comme prévue par la loi au nom de la justice fondamentale reconnue à l'art. 7 de la *Charte* serait donc nécessairement restreinte en raison du rôle limité attribué au juge d'extradition par la loi et de la nécessité d'éviter d'imposer les notions canadiennes relatives à l'équité procédurale aux autorités étrangères.
- 134 The Requesting State concedes that the fugitive is entitled to know the case against him. See *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (Ont. C.A.), aff'd [1996] 1 S.C.R. 467. In light of the purpose of the hearing, however, this would simply entitle him to disclosure of materials on which the Requesting State is relying to establish its *prima facie* case.
- L'État requérant reconnaît au fugitif le droit d'être informé de la preuve qu'il devra réfuter. Voir *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (C.A. Ont.), conf. par [1996] 1 R.C.S. 467. Compte tenu de l'objet de l'audience, toutefois, le fugitif n'aurait droit qu'à la communication des éléments sur lesquels l'État requérant s'appuie pour établir sa preuve *prima facie*.

Mr. Dynar does not argue that he did not receive adequate disclosure of the materials that were being relied upon to establish the *prima facie* case against him. It follows that, in light of the limited nature of extradition hearing, no additional disclosure was required and there is no foundation to Mr. Dynar's claim that he was not treated fairly in the hearing before Keenan J.

(b) *No Justiciable Charter Issue Arises in this Case*

Quite simply, no justiciable *Charter* issue arises in light of the evidence adduced and the nature of an extradition hearing. Mr. Dynar took advantage of telephone facilities to carry out his activities in the United States. He also sent Mr. Cohen to Buffalo to pick up the money. It does not matter that he physically did not leave Canada at any point. The actions of Dynar and Cohen were sufficient to bring them within the jurisdiction of the United States. The affidavit evidence submitted by the Requesting State discloses that the evidence was gathered by American authorities, on American soil, for an American investigation. Any attempt to demonstrate involvement of Canadian authorities acting in conjunction with American authorities simply cannot alter this basic fact.

R. v. Terry, [1996] 2 S.C.R. 207, considered an informal cooperative arrangement between Canadian and U.S. law enforcement officials. Canada was seeking the return from the State of California of a Canadian accused of murder. The fugitive was apprehended by the police in California who, at the request of the Canadian authorities, questioned him. Although the conduct of the investigation was lawful in the United States, the police failed to advise the fugitive of his rights to counsel in the manner that would be required by the *Charter*. The fugitive argued that the statement he made to the California police should accordingly be excluded from his Canadian trial. McLachlin J., writing for the Court, held that in order to find a violation of the *Charter*, it would be necessary to hold that the California police were subject to the *Charter*. This would "run counter to the settled rule that a state is

M. Dynar ne prétend pas avoir obtenu une communication incomplète des éléments invoqués à l'appui de la preuve *prima facie* présentée contre lui. Par conséquent, compte tenu de la nature limitée de l'audience d'extradition, aucune communication additionnelle n'était nécessaire et la prétention de M. Dynar voulant qu'il n'ait pas été traité équitablement à l'audience présidée par le juge Keenan est sans fondement.

b) *Absence de question justiciable des tribunaux ayant trait à la Charte*

Compte tenu de la preuve produite et de la nature de l'audience d'extradition, l'instance ne soulève tout simplement aucune question ayant trait à la *Charte* susceptible d'être tranchée par les tribunaux. M. Dynar s'est servi du réseau téléphonique pour exercer ses activités aux États-Unis. Il a également envoyé M. Cohen à Buffalo pour prendre l'argent. Peu importe qu'il n'ait jamais quitté le Canada. Les agissements de M. Dynar et M. Cohen suffisaient pour les assujettir à la compétence des États-Unis. L'affidavit produit par l'État requérant révèle que la preuve a été recueillie par les autorités américaines, en territoire américain, aux fins d'une enquête américaine. Tenter d'établir la participation des autorités canadiennes qui auraient agi de concert avec les autorités américaines n'y changera rien.

L'arrêt *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, portait sur une coopération officieuse entre les personnes chargées de l'application de la loi au Canada et aux États-Unis. Le Canada tentait d'obtenir le renvoi au Canada d'un Canadien accusé de meurtre qui se trouvait dans l'État de Californie. Le fugitif a été arrêté par les policiers de la Californie qui l'ont interrogé, à la demande des autorités canadiennes. L'enquête s'est déroulée en conformité avec le droit américain, mais les policiers n'ont pas informé le fugitif de son droit à l'assistance d'un avocat selon les exigences établies par la *Charte*. Le fugitif a fait valoir que la déclaration faite aux policiers de la Californie ne devait donc pas être admise en preuve dans le cadre de son procès au Canada. Le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour, a statué que pour conclure à l'existence d'une violation de la *Charte*, il fallait d'abord con-

135

136

137

only competent to enforce its laws within its own territorial boundaries” (p. 215).

clure que les policiers de la Californie étaient assujettis à la *Charte*. Pareille conclusion «irait à l’encontre de la règle bien établie selon laquelle un État n’a de compétence pour faire appliquer ses lois qu’à l’intérieur de ses propres frontières territoriales» (p. 215).

138

McLachlin J. went on to state at p. 216 that “[t]he practice of cooperation between police of different countries does not make the law of one country applicable in the other country”. She added at p. 217 that:

Le juge McLachlin a ajouté, à la p. 216, que «[l]a pratique de la coopération entre les policiers de différents pays ne rend pas les lois d’un pays applicables dans un autre». Elle a poursuivi son raisonnement, à la p. 217:

Still less can the *Charter* govern the conduct of foreign police cooperating with Canadian police on an informal basis. The personal decision of a foreign officer or agency to assist the Canadian police cannot dilute the exclusivity of the foreign state’s sovereignty within its territory, where its law alone governs the process of enforcement. The gathering of evidence by these foreign officers or agency is subject to the rules of that country and none other. Consequently, any cooperative investigation involving law enforcement agencies of Canada and the United States will be governed by the laws of the jurisdiction in which the activity is undertaken. . . .

La *Charte* peut encore moins régir la conduite de policiers étrangers qui coopèrent officieusement avec la police canadienne. La décision personnelle d’un policier ou d’un organisme étranger d’aider la police canadienne ne peut diminuer l’exclusivité de la souveraineté d’un État étranger sur son territoire, où seules ses lois régissent le maintien de l’ordre. Les personnes qui recueillent des éléments de preuve dans un pays étranger sont tenues de respecter les règles de ce pays, et aucune autre règle. Par conséquent, toute enquête fondée sur la collaboration entre des autorités policières canadiennes et américaines sera régie par les lois du pays où l’activité en question se déroule . . .

Finally, she concluded at p. 220 that “[e]ven if one could somehow classify them as ‘agents’ of the Canadian police, so long as they operated in California they would be governed by California law”. The existence of a cooperative arrangement between jurisdictions, whether informal or formal, does not change these principles.

Enfin, elle a conclu, à la p. 220, que «[m]ême s’ils pouvaient de quelque façon être qualifiés de «mandataires» de la police canadienne, dans la mesure où ils agissaient en Californie, ils étaient assujettis aux lois de la Californie». L’existence d’une coopération, officielle ou officieuse, entre les deux ressorts ne modifie pas ces principes.

139

If the foreign police are not governed by the *Charter*, then the evidence gathered by them cannot be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. It is true that there are limited circumstances in which evidence might be excluded without resorting to s. 24(2). This exception might apply if the evidence is gathered by the foreign authorities in such an abusive manner that its admission would be *per se* unfair under s. 7 of the *Charter*. See *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at pp. 571-72; *Terry*, *supra*, at pp. 218-19. But both *Harrer* and *Terry* involve evidence gathered by foreign authorities for use in a Canadian trial. This limited exception is of no assistance to Mr. Dynar, who is arguing

Si les policiers étrangers ne sont pas assujettis à la *Charte*, la preuve qu’ils recueillent ne peut être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Certes, dans certaines circonstances, la preuve pourrait être exclue sans que soit invoqué le par. 24(2). Ce serait le cas si la preuve avait été recueillie par les autorités étrangères de façon si abusive que son admission serait en soi inéquitable au sens de l’art. 7 de la *Charte*. Voir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, aux pp. 571 et 572; *Terry*, précité, aux pp. 218 et 219. Mais les arrêts *Harrer* et *Terry* portent tous les deux sur la preuve recueillie par des autorités étrangères en vue d’un procès canadien. Cette exception n’est d’aucun secours à M. Dynar

for the exclusion of evidence in an extradition hearing.

Although a fugitive might be able to argue that the admission of some evidence at an extradition hearing was *per se* unfair under s. 7 of the *Charter*, Mr. Dynar could not have successfully made this argument. The wiretap evidence was gathered in Nevada, in conformity with the law of the United States, but in a manner that would be unacceptable in Canada. However, the fact that evidence was obtained in the foreign jurisdiction in a way that does not comply with our *Charter* is not enough on its own to render the proceeding so unfair that the evidence should be excluded: *Harrer, supra*, at p. 573. Considerations of this nature must always be balanced against the need to ensure that Canada's international obligations are honoured, to foster cooperation between investigative authorities in different jurisdictions, and to avoid indirectly forcing the foreign authorities to adopt procedural safeguards that resemble our own in order to successfully obtain the surrender of a fugitive.

Mr. Dynar contends that as a result of the Requesting State's non-disclosure, there is no evidentiary record on the basis of which he can even attempt to make a *Charter* argument. Yet the evidence presented by the Requesting State does disclose enough information to conclude that there is simply no "air of reality" to the contention that Mr. Dynar could establish a *Charter* violation by the Canadian officials in the gathering of the evidence. The evidence before Keenan J. included the affidavit of Agent Matthews. It clearly reveals that the FBI had been interested in the activities of Mr. Dynar for some time; that Matthews himself was aware of previous occasions on which Mr. Dynar had admitted to laundering large sums of money in the State of Nevada, and that he initiated the investigation on the basis of his suspicions regarding Mr. Dynar's telephone call to Lucky Simone. The affidavit provides a sufficient basis to conclude that the investigation, the evidence and the prosecution were essentially American. No

qui demande l'exclusion de la preuve dans le cadre d'une audience d'extradition.

Bien qu'un fugitif puisse faire valoir que l'admission d'une preuve quelconque dans le cadre d'une audience d'extradition est inéquitable en soi au sens de l'art. 7 de la *Charte*, M. Dynar n'aurait pu avoir gain de cause sur ce point. La preuve obtenue par écoute électronique a été recueillie au Nevada en conformité avec le droit américain, mais selon des modalités qui seraient inacceptables au Canada. Toutefois, le fait que la preuve a été obtenue dans un ressort étranger selon des modalités qui ne respectent pas la *Charte* canadienne ne suffit pas en soi pour rendre la procédure inéquitable à tel point que la preuve doive être exclue: *Harrer*, précité, à la p. 573. Des considérations de cette nature doivent toujours être soupesées en regard de la nécessité d'assurer le respect par le Canada de ses obligations internationales, afin de favoriser la coopération entre enquêteurs de ressorts différents et d'éviter de forcer indirectement les autorités étrangères à établir des garanties procédurales semblables aux nôtres pour obtenir l'extradition d'un fugitif.

M. Dynar prétend qu'en raison du manquement par l'État requérant à l'obligation de communiquer, il n'y a pas d'éléments de preuve au dossier sur lesquels il pourrait se fonder, ne serait-ce que pour tenter d'invoquer la *Charte*. Or la preuve produite par l'État requérant révèle suffisamment de renseignements pour justifier que l'on conclue à l'absence de «vraisemblance» de la prétention selon laquelle M. Dynar pourrait établir que les fonctionnaires canadiens ont violé la *Charte* en recueillant la preuve. Parmi les éléments versés aux débats devant le juge Keenan figurait un affidavit de l'agent Matthews. Il révèle clairement que le FBI s'intéressait aux activités de M. Dynar depuis quelque temps, que l'agent Matthews lui-même savait que M. Dynar avait déjà admis à d'autres occasions avoir recyclé d'importantes sommes d'argent dans l'État du Nevada et qu'il avait amorcé l'enquête en raison des soupçons qu'avait éveillés chez lui l'appel téléphonique de M. Dynar à Lucky Simone. Cet affidavit fournit

140

141

amount of cooperation by the Canadian authorities could change this.

suffisamment d'éléments pour étayer la conclusion que l'enquête, la preuve et la poursuite étaient essentiellement américaines. L'étendue de la coopération des autorités canadiennes n'y aurait pu rien changer.

142 The facts of the instant appeal illustrate the logical soundness of the *Terry* decision. The reason for exercising extreme caution in excluding foreign evidence from consideration in the extradition process on *Charter* grounds is that it is difficult to imagine how such evidence could be excluded without indirectly applying the *Charter* extraterritorially to the foreign jurisdiction. If this concern applies where the foreign evidence is being used in a Canadian trial (*Terry, supra*), it must *a fortiori* be a very significant if not a governing factor where the foreign evidence is to be used in a foreign trial.

Les faits à l'origine du présent pourvoi illustrent la justesse de l'arrêt *Terry*. S'il faut faire preuve d'une prudence extrême avant d'exclure une preuve étrangère pour des motifs fondés sur la *Charte* dans une procédure d'extradition, c'est parce qu'il est difficile d'imaginer comment on pourrait y parvenir sans assujettir indirectement le ressort étranger à la *Charte* en donnant à celle-ci une portée extraterritoriale. Si ce problème se pose lorsque la preuve étrangère est utilisée dans un procès qui se déroule au Canada (*Terry, précité*), il doit à plus forte raison constituer un facteur très important, sinon déterminant, lorsque la preuve doit être utilisée dans un procès tenu à l'étranger.

143 It is true that the fugitive is entitled to be committed only on the basis of evidence that is legally admissible according to the law of the province in which the committal hearing takes place: see *La Forest's Extradition, supra*, at p. 160. But it has been consistently and properly held that the *Charter* generally does not apply extraterritorially. As a result, Canadian courts cannot impose upon foreign evidence the standards of admissibility that have developed in the jurisprudence dealing with s. 24(2) of the *Charter*.

Certes, le fugitif a le droit de n'être incarcéré que sur la foi d'une preuve légalement admissible en vertu du droit de la province dans laquelle a lieu l'audience relative à l'incarcération: voir *La Forest's Extradition, op. cit.*, à la p. 160. Mais d'après une jurisprudence constante et juste, la *Charte* ne reçoit pas, en règle générale, d'application extraterritoriale. Par conséquent, les tribunaux canadiens ne peuvent soumettre la preuve étrangère aux normes d'admissibilité élaborées par la jurisprudence portant sur le par. 24(2) de la *Charte*.

144 Mr. Dynar was entitled to a fair hearing before the extradition judge, and in our opinion he received one. He was not entitled to disclosure from the Requesting State beyond the production of the evidence that it was relying upon to establish its *prima facie* case. In any event, the evidence provided by the Requesting State did contain sufficient information to conclude that the evidence was gathered entirely in the United States, by American officials, for an American trial. It follows that no justiciable *Charter* issue can arise in this case. In these circumstances, a new hearing is simply not justified.

M. Dynar avait droit à un procès équitable devant le juge d'extradition et, selon nous, il l'a obtenu. Il n'avait pas droit à la communication d'autres éléments que ceux que l'État requérant a produits pour établir la preuve *prima facie*. Quoi qu'il en soit, la preuve fournie par l'État requérant comportait suffisamment de renseignements pour mener à la conclusion que la preuve a été recueillie entièrement aux États-Unis, par des fonctionnaires américains, en vue d'un procès devant se dérouler aux États-Unis. L'instance ne saurait donc soulever aucune question justiciable des tribunaux ayant trait à la *Charte*. Dans les circonstances, une nouvelle audience n'est tout simplement pas justifiée.

(c) *Disclosure of Materials in the Hands of the Canadian Authorities*

Mr. Dynar argued that even if he was not entitled to additional disclosure from the American authorities, he was entitled to disclosure of the materials in the hands of the Canadian authorities. Since no justiciable *Charter* issue can arise from the potential involvement of the Canadian authorities in the gathering of evidence in this case, it is not necessary to consider the degree of disclosure that might be required in other circumstances.

Similarly, it is not necessary to resolve the scope of the jurisdiction of the extradition judge under s. 9(3) of the amended *Extradition Act* in a case where sufficient Canadian state involvement could be demonstrated. Perhaps it will suffice to observe that as a result of the enactment of the section, the extradition judge is a “court of competent jurisdiction” pursuant to s. 24 of the *Charter*, provided that the presiding judge normally fulfills that function. Any further analysis of this issue must await a case when it is dispositive of the appeal.

The facts presented in this case preclude any recourse to the *Charter* in the committal hearing and the cross-appeal must be dismissed.

VI. Conclusion

In the result, therefore, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and the cross-appeal is dismissed. The order of Keenan J. committing the fugitive for extradition and the Minister of Justice’s decision to surrender the fugitive are reinstated.

The reasons of Sopinka, McLachlin and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. — I agree with Justices Cory and Iacobucci on the disposition of this appeal but disagree with their conclusion that an attempt to com-

c) *Divulgence des éléments en la possession des autorités canadiennes*

M. Dynar a soutenu que, même s’il n’avait pas droit à la communication de renseignements additionnels de la part des autorités américaines, il avait le droit d’obtenir celle des éléments qui sont en la possession des autorités canadiennes. Étant donné qu’aucune question justiciable des tribunaux ayant trait à la *Charte* ne peut être soulevée par la participation potentielle des autorités canadiennes à l’obtention de la preuve en l’espèce, il n’est pas nécessaire d’examiner l’étendue de la divulgation qui pourrait être exigée dans d’autres circonstances.

De même, il n’est pas nécessaire de trancher la question de l’étendue de la compétence conférée au juge d’extradition par le par. 9(3) de la *Loi sur l’extradition*, modifiée, dans un cas où une participation suffisante de l’État canadien pourrait être établie. Peut-être suffit-il de préciser qu’en conséquence de l’entrée en vigueur de cette disposition, le juge d’extradition est «un tribunal compétent» au sens de l’art. 24 de la *Charte*, à condition que le juge qui préside l’audience exerce normalement cette fonction. Avant de pousser l’analyse de cette question, il convient d’attendre que sa solution soit déterminante quant à l’issue d’un pourvoi.

Les faits exposés en l’espèce font obstacle à tout recours à la *Charte* à l’audience relative à l’incarcération et le pourvoi incident doit être rejeté.

VI. Conclusion

Par ces motifs, le pourvoi est donc accueilli, l’arrêt de la Cour d’appel infirmé et le pourvoi incident rejeté. L’ordonnance portant incarcération du fugitif en vue de son extradition prononcée par le juge Keenan et la décision du ministre de la Justice d’extrader le fugitif sont rétablies.

Version française des motifs des juges Sopinka, McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MAJOR — Je suis d’accord avec les juges Cory et Iacobucci quant à la solution qu’ils proposent d’apporter au présent pourvoi, mais con-

145

146

147

148

149

mit an offence under s. 24 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, can be found on the present facts.

150 It should not be a criminal attempt to do acts which, if completed, would not amount to an offence in Canada. I, like the New Zealand Court of Appeal (*R. v. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980), the House of Lords (*Haughton v. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109), the New York Court of Appeals (*People v. Jaffe*, 78 N.E. 169 (1906)) and the Ontario Court of Appeal in the present case ((1995), 25 O.R. (3d) 559), cannot grasp the notion that the intention to do an act coupled with some activity thought to be criminal is sufficient to find the accused guilty of an attempt when that which was attempted was not an offence under the *Criminal Code*.

151 My colleagues have carefully described the different elements of mistake of fact and mistake of law and conclude there is no difference between the two when raised as a defence of impossibility to a criminal charge. To them the only defence of impossibility is when the crime is imaginary. The debate over the defence of mistake of fact as opposed to mistake of law has engaged judges, academics and legislators for at least 150 years. The issue in this appeal can be resolved without solving the controversy over the attempt to commit crimes inherently impossible to commit. This is because in this appeal the elements of the offence are missing.

152 The problem can best be illustrated by the following hypothetical facts. A purchases goods from B at a fraction of their acknowledged true value. A believes that he is getting such a bargain because the goods are stolen, and admits this to the police. After investigating, the police determine that the goods were not stolen, and that A simply got a good deal. Has the purchaser nonetheless committed an offence? My colleagues say yes, that A committed the offence of attempted possession of

trairement à mes collègues, j'estime que les faits de l'espèce ne permettent pas de conclure à la tentative d'infraction prévue à l'art. 24 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Ce ne devrait pas être criminel que de tenter d'accomplir des actes qui, s'ils étaient menés à terme, ne constitueraient pas une infraction au Canada. Personnellement, tout comme la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande (*R. c. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980), la Chambre des lords (*Haughton c. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109), la Cour d'appel de New York (*People c. Jaffe*, 78 N.E. 169 (1906)) et la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce ((1995), 25 O.R. (3d) 559), je n'arrive pas à comprendre comment l'intention, jointe à des actes tenus pour criminels, suffit pour conclure que l'accusé est coupable de tentative, alors que ce qu'il a tenté de faire ne constitue pas une infraction visée par le *Code criminel*.

Mes collègues ont décrit soigneusement les différents éléments de l'erreur de fait et de l'erreur de droit et ils concluent qu'il n'existe aucune différence entre les deux lorsque l'erreur sert de fondement à la défense d'impossibilité opposée à une accusation criminelle. Selon eux, l'impossibilité ne peut être invoquée en défense qu'à l'encontre d'un crime imaginaire. Le débat sur la distinction entre la défense d'erreur de fait et la défense d'erreur de droit alimente la réflexion des juges, des universitaires et des législateurs depuis au moins 150 ans. La question en litige dans le présent pourvoi peut être tranchée sans que soit résolue la controverse sur la tentative des crimes qui, de par leur nature, sont impossibles à commettre. En effet, les éléments de l'infraction ne sont pas réunis en l'espèce.

L'hypothèse suivante illustre bien le problème. A achète des biens à B pour une fraction de leur juste prix. A croit qu'il peut les obtenir à si bon marché parce qu'ils ont été volés et il l'avoue à la police. Après enquête, la police découvre que les biens n'ont pas été volés et que A a simplement fait une bonne affaire. L'acheteur a-t-il néanmoins commis une infraction? Mes collègues disent que oui. Ils estiment que A a commis l'infraction de tentative de possession de biens volés. Je ne suis

stolen goods. I disagree. Section 24 requires, on its plain meaning as an element of the offence, that that which was intended to be done be an offence.

I. Attempt

In order for the extradition judge to commit the respondent Dynar for extradition to the United States the “double criminality” rule must be satisfied. This requires the judge to consider whether the conduct alleged, if it had occurred in Canada, would be a criminal offence. The appellant Crown submits that Dynar, on the facts of this appeal, could be convicted of attempting to launder money or of entering into a conspiracy to launder money under Canadian law. I doubt that the offence of attempt could be made out on the facts of this case as the sum of the activity and intention of Dynar did not amount to an attempt pursuant to s. 24.

An attempt is defined in s. 24(1) of the *Criminal Code*:

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.

It is inescapable that there must be an underlying offence capable of being committed before we can consider the elements of the attempt offence. It is accepted by my colleagues that on the facts here what Dynar did would not amount to a criminal offence in Canada. This is because he did not “know” that the money sought to be laundered was the proceeds of crime, as it was not. The money was a prop of the police in the sting operation. In my view, since Dynar did not knowingly attempt to launder the proceeds of crime, it cannot be said he had the “intent to commit an offence” for purposes of s. 24(1).

pas d'accord. Il ressort clairement de l'art. 24 que l'un des éléments de l'infraction est que le résultat recherché constitue une infraction.

I. La tentative d'infraction

Pour que le juge d'extradition puisse ordonner l'incarcération de l'intimé Dynar en vue de son extradition aux États-Unis, la règle de la «double incrimination» doit être respectée. Le juge doit se demander si les agissements reprochés, s'ils avaient eu lieu au Canada, constitueraient une infraction criminelle. Le ministère public appelant soutient que Dynar, compte tenu des faits de l'espèce, pourrait être déclaré coupable de tentative de recyclage des produits de la criminalité ou de complot en vue de recycler des produits de la criminalité en droit canadien. Je doute que l'infraction de tentative puisse être établie à partir des faits de l'espèce, étant donné que les agissements de Dynar, conjugués à son intention, ne constituaient pas une tentative aux termes de l'art. 24.

La tentative est définie au par. 24(1) du *Code criminel*:

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.

Indubitablement, il doit y avoir une infraction sous-jacente susceptible d'être commise, avant que l'on puisse examiner les éléments de l'infraction de tentative. Mes collègues acceptent que, vu les faits, les agissements de Dynar ne constitueraient pas une infraction criminelle au Canada. Il en est ainsi parce que Dynar ne «savait» pas que l'argent à recycler était le produit de la criminalité, puisque ce n'était pas le cas. L'argent était un accessoire utilisé par la police au cours d'une opération d'infiltration. À mon avis, étant donné que Dynar n'a pas tenté en connaissance de cause de recycler les produits de la criminalité, on ne peut affirmer qu'il avait l'«intention de commettre une infraction» aux termes du par. 24(1).

153

154

Section 462.31 of the *Criminal Code* defines the offence of money laundering:

462.31 (1) Every one commits an offence who uses, transfers the possession of, sends or delivers to any person or place, transports, transmits, alters, disposes of or otherwise deals with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of

(a) the commission in Canada of an enterprise crime offence or a designated drug offence; or

(b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted an enterprise crime offence or a designated drug offence. [Emphasis added.]

To the same effect is s. 19.2 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1:

19.2 (1) No person shall use, transfer the possession of, send or deliver to any person or place, transport, transmit, alter, dispose of or otherwise deal with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of

(a) the commission in Canada of an offence under section 4, 5 or 6; or

(b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted an offence under section 4, 5 or 6. [Emphasis added.]

The substantive offence under either the *Criminal Code* or the *Narcotic Control Act* requires that the accused deal with proceeds knowing that all or a part of those proceeds were obtained or derived directly or indirectly as a result of crime.

156

Knowledge requires truth. The offence of money laundering could not be committed when the proceeds are not the actual proceeds of crime.

155

L'article 462.31 du *Code criminel* définit l'infraction de recyclage des produits de la criminalité dans les termes suivants:

462.31 (1) Est coupable d'une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement:

a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction de criminalité organisée ou d'une infraction désignée en matière de drogue;

b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada qui, au Canada, aurait constitué une infraction de criminalité organisée ou une infraction désignée en matière de drogue. [Je souligne.]

L'article 19.2 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, va dans le même sens:

19.2 (1) Commet une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement:

a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction prévue aux articles 4, 5 ou 6;

b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada et qui, au Canada, aurait constitué une telle infraction. [Je souligne.]

L'infraction matérielle précise exige, tant dans le *Code criminel* que dans la *Loi sur les stupéfiants*, que l'accusé utilise des produits sachant qu'ils proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement, de la perpétration d'une infraction criminelle.

La connaissance est indissociable de la vérité. L'infraction de recyclage des produits de la criminalité ne peut pas être commise si les sommes à recycler ne sont pas effectivement des produits de la criminalité.

The appellant Crown has submitted, however, that the Court should define the word “knowing” within s. 462.31 to mean “believing” so as to impose a conviction for the substantive offence when an accused believes what he is laundering is the proceeds of crime. The appellant submits that if Dynar had actually received clean monies from a law enforcement agency and laundered them, he should be convicted of money laundering, despite the fact that he has not laundered the proceeds of crime. However, the plain meanings of “knowing” and “believing” are different. The late Prof. Glanville Williams in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983) stated at p. 160:

The word “know” refers exclusively to true knowledge; we are not said to “know” something that is not so. Belief, on the other hand, can include a mistaken belief, a subjective conviction whether right or wrong.

A useful comparison can be drawn to the wording of the substantive offence under which Dynar has been charged in the United States. *United States Code*, Title 18, § 1956(a)(3) provides as follows:

§ 1956. Laundering of monetary instruments

(a) . . .

(3) Whoever, with the intent —

(A) to promote the carrying on of specified unlawful activity;

(B) to conceal or disguise the nature, location, source, ownership, or control of property believed to be the proceeds of specified unlawful activity; or

(C) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law,

conducts or attempts to conduct a financial transaction involving property represented to be the proceeds of specified unlawful activity, or property used to conduct or facilitate specified unlawful activity, shall be fined under this title or imprisoned for not more than 20

Le ministère public appelant a soutenu, cependant, que la Cour devrait donner au mot «sachant», employé à l’art. 462.31, le sens du mot «croyant», de manière à entraîner une déclaration de culpabilité quant à l’infraction matérielle précise lorsque l’accusé croit que ce qu’il recycle est le produit de la criminalité. L’appelant soutient que si Dynar avait effectivement reçu de l’argent propre d’un organisme chargé de l’application de la loi et qu’il l’avait recyclé, il aurait dû être déclaré coupable de recyclage des produits de la criminalité, malgré le fait qu’il n’aurait pas recyclé des produits de la criminalité. Pourtant, le sens ordinaire des mots «sachant» et «croyant» n’est pas le même. Le regretté professeur Glanville Williams dans *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), a affirmé à la p. 160:

[TRADUCTION] Le mot «savoir» renvoie exclusivement à la connaissance véritable; l’on ne peut affirmer «savoir» sans connaître la vérité. En revanche, une croyance peut être erronée, puisqu’il s’agit d’une conviction subjective, juste ou erronée.

Il est utile d’examiner le libellé de l’infraction matérielle précise dont Dynar a été accusé aux États-Unis. Le par. 1956(a)(3) du titre 18 du *United States Code* porte que:

[TRADUCTION]

§ 1956. Recyclage d’instruments monétaires

(a) . . .

(3) Quiconque, avec l’intention

(A) de favoriser la poursuite d’une activité illégale désignée;

(B) de dissimuler ou de masquer la nature, le lieu, la provenance, la propriété ou le contrôle d’un bien qu’on croit être le produit d’une activité criminelle désignée;

(C) de se soustraire à l’obligation de présenter un rapport d’opération conformément à la loi d’un État ou à la loi fédérale,

mène ou tente de mener une opération financière concernant un bien présenté comme étant le produit d’une activité criminelle désignée, ou un bien utilisé pour mener ou faciliter une activité illégale désignée, sera condamné en vertu du présent titre à une amende ou à

years, or both. For purposes of this paragraph and paragraph (2), the term “represented” means any representation made by a law enforcement officer or by another person at the direction of, or with the approval of, a Federal official authorized to investigate or prosecute violations of this section. [Emphasis added.]

It is apparent that the offence is defined differently in the United States than here in Canada. The initial requirement is not “knowing” but “believing”. As well by including “property represented to be the proceeds of specified unlawful activity” within the meaning of the proceeds of crime, the U.S. law specifically makes a money-laundering “sting” a legitimate avenue of criminal investigation and prosecution. Our substantive money-laundering section is not drafted in that way.

159 Parliament could easily draft legislation which makes belief the mental element of a crime. Consider s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, which reads:

4. (1) No person shall traffic in a narcotic or any substance represented or held out by the person to be a narcotic.

By this section if a person believes that the substance he or she is trafficking in is a narcotic, the person is guilty whether or not it is a narcotic. It is evident that Parliament is aware of its options and its choice of “knowing” as a requirement for an offence under s. 462.31 of the *Criminal Code* and s. 19.2 of the *Narcotic Control Act* rather than “believing” should be respected.

160 There are several sections of the *Criminal Code* where different meanings are implied for the two words. For the use of “knowing” alone see:

s. 163(2)(a) (selling or possessing obscene materials), which requires that the accused

une peine d'emprisonnement maximale de 20 ans, ou à l'une et l'autre. Pour l'application du présent paragraphe et du paragraphe (2), le terme «présenté» signifie toute déclaration faite par un agent responsable de l'application de la loi ou par une autre personne à la demande ou avec l'approbation d'un agent fédéral autorisé à enquêter ou à exercer des poursuites en rapport avec les manquements au présent article. [Je souligne.]

Il est évident que l'infraction n'est pas définie de la même façon aux États-Unis qu'ici au Canada. La première exigence n'est pas la «connaissance», mais la «croyance». De même, en incluant [TRADUCTION] «un bien présenté comme étant le produit d'une activité criminelle désignée» dans la définition des produits de la criminalité, le droit américain permet expressément le recours à la ruse pour faire croire à un projet de recyclage d'argent, afin de mener une enquête policière et d'exercer des poursuites. Notre article créant l'infraction de recyclage des produits de la criminalité n'est pas rédigé de cette façon.

Le législateur pourrait facilement adopter un texte qui fasse de la croyance l'élément moral d'un crime. Examinons le par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*:

4. (1) Le trafic de stupéfiant est interdit, y compris dans le cas de toute substance que le trafiquant prétend ou estime être tel.

En vertu de ce paragraphe, si une personne croit que la substance dont elle fait le trafic est un stupéfiant, elle est coupable, qu'il s'agisse ou non d'un stupéfiant. Il est évident que le législateur est conscient des options qui s'offrent à lui et le choix du mot «sachant» plutôt que du mot «croyant» pour indiquer une exigence quant à la perpétration de l'infraction visée à l'art. 462.31 du *Code criminel* ou à l'art. 19.2 de la *Loi sur les stupéfiants* devrait être respecté.

Des sens différents doivent implicitement être donnés à ces deux mots dans plusieurs articles du *Code criminel*. Pour l'utilisation des mots «sachant», «sciemment» et «sait» employés seuls, voir:

L'alinéa 163(2)a) (vente ou possession de publications obscènes), qui exige que l'accusé,

“knowingly, without lawful justification or excuse” sells, displays or possesses obscene material;

s. 181 (spreading false news), which requires that the accused wilfully publish a statement “he knows is false” (note that this section was found to be unconstitutional by this Court in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731 (“*Zundel (No. 2)*”));

s. 300 (defamatory libel), which requires that the accused publish “a defamatory libel that he knows is false”;

s. 354(1) (possession of property obtained by crime), which requires that the accused possess a property or thing “knowing” that all or part of the property or thing was obtained by or derived directly or indirectly from crime.

In contrast, see:

s. 495(1)(a) (the standard for warrantless arrest): a peace officer may arrest without warrant a person who, “on reasonable grounds, he believes has committed . . . an indictable offence”.

For the disjunctive use of both knowing and believing see s. 196(4)(a). Parliament obviously intended these two words to have different meanings.

Canadian courts have authoritatively interpreted “knowing” to require the thing to actually be true before it can be known. See *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97, where the Ontario Court of Appeal held that s. 181 of the *Criminal Code* (spreading news knowing it to be false) requires proof that the statement published was actually false. The accused could not “know” he was publishing news that was false unless such news actually was false. In *Zundel (No. 2)*, *supra*, McLachlin J. summarized the elements of s. 181 at p. 747:

[T]he Crown, to succeed, must establish beyond a reasonable doubt the following propositions:

«sciemment et sans justification ni excuse légitime», vende, expose à la vue du public ou ait en sa possession des publications obscènes;

L'article 181 (diffusion de fausses nouvelles), qui exige que l'accusé ait volontairement publié une déclaration «qu'il sait fausse» (noter que cet article a été déclaré inconstitutionnel par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 («*Zundel (n° 2)*»));

L'article 300 (libelle diffamatoire), qui exige que l'accusé publie «un libelle diffamatoire qu'il sait être faux»;

Le paragraphe 354(1) (possession de biens criminellement obtenus), qui exige que l'accusé ait en sa possession un bien ou une chose «sachant» que tout ou partie d'entre eux ont été obtenus ou proviennent directement ou indirectement de la perpétration d'un crime.

À comparer avec:

L'alinéa 495(1)a) (la norme applicable aux arrestations sans mandat), qui porte qu'un agent de la paix peut arrêter sans mandat une personne qui, «d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis [. . .] un acte criminel».

Pour une utilisation disjunctive des mots «sachant» et «croyant», voir l'al. 196(4)a). Il est évident que le législateur avait l'intention de donner des sens différents à ces deux mots.

Les tribunaux canadiens ont statué péremptoirement que le mot «sachant» exige que l'objet de connaissance soit vrai pour être connu; voir l'arrêt *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97, où la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'art. 181 du *Code criminel* (diffuser une nouvelle que l'on sait fausse) exige la preuve que la déclaration publiée était réellement fausse. L'accusé ne pouvait «savoir» qu'il diffusait une fausse nouvelle que si cette nouvelle était réellement fausse. Dans *Zundel (n° 2)*, précité, le juge McLachlin a résumé les éléments de l'art. 181 à la p. 747:

[P]our avoir gain de cause, le ministère public doit prouver les propositions suivantes hors de tout doute raisonnable:

1. That the accused published a false statement, tale or news;
2. That the accused knew the statement was false; and
3. That the statement causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest. [Emphasis added.]

This decision recognized that s. 181 required the statement that was made to actually be false.

1. L'accusé a publié une déclaration, une histoire ou une nouvelle fausse;
2. L'accusé savait que la déclaration était fausse;
3. La déclaration cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public. [Je souligne.]

Cet arrêt reconnaît que l'art. 181 exigeait que la déclaration en question soit réellement fausse.

¹⁶² It has long been a staple of Canadian jurisprudence that s. 354(1), possession of goods "knowing" them to be stolen, requires the goods to actually be stolen goods before an accused can "know" they were. This is made clear in *R. v. Streu*, [1989] 1 S.C.R. 1521. The accused's belief that the goods were stolen was not enough to ground a conviction for possession of goods knowing them to be stolen. The Court referred with approval to the statement of Dickson J.A. (later C.J.C.) in *R. v. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171 (Man. C.A.), at p. 177, that, "[i]n order for an accused to be found guilty of the offence of receiving stolen goods it is essential the Crown prove beyond reasonable doubt . . . [t]hat the goods are stolen goods". To now equate "knowing" with "believing" would reverse long established authority to the contrary.

Depuis longtemps la jurisprudence canadienne est fixée: le par. 354(1) (possession de biens, «sachant» qu'ils ont été volés) exige que les biens soient effectivement des biens volés pour qu'un accusé puisse «savoir» qu'ils le sont. Cela a été dit clairement dans l'arrêt *R. c. Streu*, [1989] 1 R.C.S. 1521. Le fait que l'accusé ait cru que les biens avaient été volés n'a pas suffi pour justifier une déclaration de culpabilité pour possession de biens, sachant qu'ils étaient volés. La Cour s'est reportée avec approbation à l'affirmation du juge Dickson (plus tard Juge en chef du Canada) dans l'arrêt *R. c. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171 (C.A. Man.), à la p. 177, selon laquelle [TRADUCTION] «[a]fin qu'un accusé soit déclaré coupable de l'infraction de receler des biens volés, il est essentiel que le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable [. . .] [q]ue les biens sont des biens volés». Considérer maintenant que les mots «sachant» et «croyant» ont un sens équivalent renverserait une jurisprudence bien établie affirmant le contraire.

¹⁶³ In addition, Parliament is in the process of amending s. 462.31 to include the phrase "knowing or believing" with the *Criminal Law Improvement Act, 1996* (Bill C-17). Bill C-17 will amend both statutes in the way that the appellant would have this Court amend them. Parliament is the proper place to pursue these changes.

En outre, par le projet de loi C-17, *Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, le législateur a entrepris de modifier l'art. 462.31 de manière à y faire figurer les mots «sachant ou croyant». Le projet de loi modifiera les deux lois dans le sens où l'appelant voudrait que notre Cour le fasse. Le Parlement est l'organe compétent pour décider de ces changements.

¹⁶⁴ The substantive offence of money laundering, as it stands unamended, cannot be committed without the actual proceeds of crime being present. The accused cannot "know" that what he is laundering is the proceeds of crime unless the proceeds are the proceeds of crime. We cannot "know" what is not

L'infraction de recyclage des produits de la criminalité, dans sa formulation actuelle, ne peut pas être perpétrée sans l'existence de produits de la criminalité. L'accusé ne peut pas «savoir» que ce qu'il recycle est le produit de la criminalité à moins que ce produit ne soit effectivement le pro-

true. On this point, I agree with my colleagues in their conclusion at para. 47 that

[b]ecause the money that the U.S. undercover agents asked Mr. Dynar to launder was not in fact the proceeds of crime, Mr. Dynar could not possibly have known that it was the proceeds of crime. Therefore, even if he had brought his plan to fruition, he would not have been guilty of any completed offence known to Canadian law.

My colleagues however, have an alternative position. They posit that despite the fact that laundered proceeds must be the actual proceeds of crime before an accused can knowingly launder them, the accused can be convicted of attempting to launder proceeds of crime when he has laundered that which he believes to be actual proceeds. I cannot agree. There must be an underlying offence before an accused could attempt to commit anything. If there is no offence there can be no attempt.

My colleagues state that the knowledge requirement of the money laundering offence does not constitute the accused's *mens rea*. For my part, I do not understand the need to divide the "knowledge" of the accused into subjective and objective components, which my colleagues labour at in paras. 68 through 74 of their reasons. Parliament, perhaps to avoid metaphysics, chose to use a single word to represent the mental element of this offence. We need go no further than their choice. Since the accused did not have knowledge, the *mens rea* of the offence, he cannot be said to have attempted it.

Moreover, it does not logically, on the plain meaning of the word, make sense to say the respondent attempted to launder the proceeds of crime. The respondent only attempted to launder what the FBI provided. It presumably made no difference to him whether the money to be laundered was from crime or legal activity. In fact, what he attempted to do was launder money that was not

duit de la criminalité. Celui qui «sait» connaît forcément la vérité. Sur ce point, je suis d'accord avec la conclusion tirée par mes collègues au par. 47:

Étant donné que l'argent que les agents d'infiltration américains ont demandé à M. Dynar de recycler n'était pas réellement le produit de la criminalité, M. Dynar ne pouvait savoir qu'il s'agissait du produit de la criminalité. Par conséquent, même s'il avait pu réaliser son plan, il n'aurait été coupable d'aucune infraction consommée connue en droit canadien.

Mes collègues, toutefois, font une seconde affirmation. Ils posent en principe que, même si les produits à recycler doivent être des produits de la criminalité pour qu'un accusé puisse les recycler en connaissance de cause, l'accusé peut être déclaré coupable de tentative de recyclage des produits de la criminalité lorsqu'il a recyclé ce qu'il croit être de tels produits. Je ne peux être d'accord. Il doit y avoir une infraction sous-jacente pour qu'un accusé puisse tenter de commettre quoi que ce soit. Sans infraction, il ne peut y avoir de tentative d'infraction.

Mes collègues affirment que la connaissance exigée pour l'infraction de recyclage des produits de la criminalité ne constitue pas la *mens rea* de l'accusé. Pour ma part, je ne comprends pas la nécessité d'une division de la «connaissance» de l'accusé en une composante subjective et une composante objective, division sur laquelle mes collègues peinent aux par. 68 à 74 de leurs motifs. Le législateur, en vue peut-être d'éviter les abstractions de la métaphysique, a choisi de n'utiliser qu'un seul mot pour désigner l'élément moral de cette infraction. Nous n'avons pas besoin d'aller plus loin. Étant donné que l'accusé n'avait pas la connaissance, *mens rea* de l'infraction, on ne peut dire qu'il a tenté de la commettre.

Qui plus est, il n'est pas logique, compte tenu du sens ordinaire des mots, de dire que l'intimé a tenté de recycler des produits de la criminalité. L'intimé a seulement tenté de recycler ce que le FBI devait lui fournir. On peut supposer que cela l'indifférait que l'argent à recycler soit le produit de la criminalité ou le produit d'une activité légale. En fait, ce qu'il a tenté de faire, c'est de recycler

165

166

167

tainted. There was no offence that could be committed. The laundering of legal proceeds is an imaginary crime.

168 Parliament's proposed amendments (Bill C-17, noted above) relate to money laundering only. If my colleagues are correct, the result of their reasons would apply a lower standard of criminal liability to all offences of attempt.

169 In the absence of a defence of impossibility certain unusual circumstances will result in convictions for criminal offences. As previously noted, a person who possesses goods believing them to be stolen will be convicted of a crime whether or not the goods are actually stolen. If the goods are not stolen, the accused will be convicted for his or her state of mind alone. Criminal law should not patrol people's thoughts. The ecclesiastical courts may find the intentions of the accused immoral but the *Criminal Code* does not make them criminal. Other common law courts have agreed that these facts do not give rise to criminal liability. See *Haughton v. Smith, supra*; *Jaffe, supra*; *Donnelly, supra* (dealing with legislation almost identical to s. 24(1)).

170 My colleagues' opinion leads to the conclusion that the long line of cases referred to earlier and culminating in *Streu, supra*, were cases where the wrong charge was laid. In *Streu*, this Court discussed in depth the evidence that could be used to prove that goods in possession of an accused were actually stolen. However, if my colleagues are correct, that was an unnecessary exercise as the Crown does not need to prove the goods were actually stolen. The accused in such cases could be charged with attempted possession of stolen goods instead of actual possession of stolen goods. Then, all that is relevant is the accused's belief. A common way of inferring an accused's intention to possess stolen goods is to show that he or she purchased them at a fraction of their true value. From this the inference is made that the accused believed

de l'argent non entaché d'illégalité. Aucune infraction ne pouvait être commise. Le recyclage des produits d'une activité licite est un crime imaginaire.

Les modifications que le législateur se propose d'apporter (le projet de loi C-17, mentionné ci-dessus) se rapportent au recyclage d'argent seulement. Si mes collègues ont raison, leur décision conduirait à l'application d'une norme moins exigeante en matière de responsabilité pénale à toutes les infractions de tentative.

En l'absence de la défense d'impossibilité, certaines circonstances inhabituelles entraîneront des déclarations de culpabilité en matière pénale. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, la personne qui possède des biens qu'elle croit volés sera déclarée coupable d'un crime, que ces biens aient été effectivement volés ou non. S'il ne s'agit pas de biens volés, l'accusé sera déclaré coupable en raison de son seul état d'esprit. Le droit pénal ne devrait pas scruter les consciences. Les tribunaux ecclésiastiques peuvent conclure à l'immoralité des intentions de l'accusé, mais le *Code criminel* n'en fait pas des infractions criminelles. D'autres tribunaux de common law ont convenu que de tels faits n'engagent pas la responsabilité pénale; voir *Haughton c. Smith*, précité; *Jaffe*, précité; *Donnelly*, précité (relativement à un texte de loi presque identique au par. 24(1)).

L'opinion de mes collègues mène à la conclusion que dans les nombreuses décisions mentionnées précédemment et dont l'arrêt *Streu*, précité, représente le point culminant, les mauvaises accusations ont été portées. Dans *Streu*, notre Cour a examiné en profondeur les éléments de preuve qui pouvaient être utilisés pour établir que les biens en possession de l'accusé avaient effectivement été volés. Toutefois, si mes collègues ont raison, c'était inutile étant donné que le ministère public n'a pas à prouver que les biens ont réellement été volés. L'accusé, dans des affaires comme celles-là, pourrait être accusé de tentative de possession de biens volés au lieu de possession de biens volés. Alors, tout ce qui importe, c'est ce que croit l'accusé. Habituellement, on établit l'intention de l'accusé de posséder des biens volés en prouvant qu'il

the goods to be stolen. Removing the need for the Crown to show that the goods were actually stolen makes the potential for unjust results simply too great. The threshold for conviction of possession of stolen property should not be so substantially lowered.

Section 163 of the *Criminal Code* makes the knowing distribution of obscene material a crime. Assume the police arrest the owner of a video store and confiscate his entire inventory of videotapes. Before viewing any of the videotapes, the police question the owner of the store as to their contents. The owner states that the videotapes depict all manner of degrading and violent sexual acts. In short, he admits his belief that the videotapes he was offering to rent contained “indecent or obscene material”, as those words have been defined. The police view the actual videotapes, and discover that nothing obscene at all is depicted. The video store owner was simply mistaken as to what was contained in the videos. Has he nonetheless committed a crime? If my colleagues are correct the owner is guilty of attempting to distribute obscene material.

An example of the necessary result that follows from my colleagues’ view was adverted to in one of the earliest cases of “impossible attempts”. Part of Baron Bramwell’s judgment in *R. v. Collins* (1864), 9 Cox C.C. 497 (C.C.A.), was that he could not accede to a view of the law which allowed an accused to be “convicted of attempting to steal [his own umbrella]”. The hypothetical he refers to is as follows. An accused, with intent to steal, takes an umbrella from a rack containing many umbrellas. It later turns out that the umbrella the accused thought he was stealing was actually his own which he had forgotten was also in the rack. My colleagues would convict this accused of

se les est procurés à une fraction de leur juste valeur. On en conclut que l’accusé croyait que les biens étaient des biens volés. Dispenser le ministère public de prouver que les biens ont effectivement été volés, c’est tout simplement s’exposer à de trop grands risques d’injustices. Les conditions minimales à remplir pour obtenir une déclaration de culpabilité pour possession de biens volés ne devraient pas être réduites à ce point.

L’article 163 du *Code criminel* réprime le fait de distribuer sciemment des publications obscènes. Supposons que la police arrête le propriétaire d’un club vidéo et qu’elle confisque tout le stock des enregistrements vidéo. Avant de visionner ces enregistrements, la police interroge le propriétaire quant à leur contenu. Le propriétaire affirme qu’ils montrent toutes sortes d’actes sexuels violents et dégradants. Bref, il admet qu’il est persuadé que les enregistrements qu’il offrait en location comportent «des choses obscènes ou une documentation obscène», selon la définition qui a été donnée à ces termes. La police visionne les enregistrements en question et découvre qu’ils ne comportent rien d’obscène. Le propriétaire du club vidéo s’était simplement fait une idée erronée de leur contenu. A-t-il quand même commis un crime? Si mes collègues ont raison, le propriétaire est coupable d’avoir tenté de distribuer des publications obscènes.

L’un des premiers arrêts portant sur les «tentatives d’infractions impossibles» a donné un exemple du résultat auquel conduit nécessairement l’opinion de mes collègues. Dans l’arrêt *R. c. Collins* (1864), 9 Cox C.C. 497 (C.C.A.), le baron Bramwell a notamment affirmé qu’il ne pouvait accepter une interprétation de la loi qui permettrait que l’accusé puisse être [TRADUCTION] «déclaré coupable d’avoir tenté de voler [son propre parapluie]». Il renvoie à l’hypothèse suivante: l’accusé prend, avec l’intention de le voler, un parapluie placé dans un porte-parapluies qui en contient plusieurs. Il s’avère ultérieurement que le parapluie que l’accusé croyait voler était en fait le sien, et qu’il avait oublié qu’il se trouvait là. Mes collègues déclareraient cet accusé coupable de tenta-

171

172

attempted theft. I prefer the answer given by Baron Bramwell 130 years ago.

tive de vol. Je préfère la réponse que le baron Bramwell a donnée il y a 130 ans.

173 The late Prof. Glanville Williams, an ally of my colleagues, is with them a strong opponent of the position I have adopted in these reasons. He was compelled, however, to agree that his analysis leads to a conviction in the following circumstance. A person who sincerely believes in the practice of voodoo sticks a pin into a doll, believing it will cause the death of another. Professor Williams concludes this is an attempt to murder. See *Criminal Law — The General Part* (2nd ed. 1961) and “Attempting the Impossible — A Reply” (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 49, at p. 52, where Professor Williams states that: “The answer to the particular question is that the act of voodoo is proximate to the victim’s death *in the voodooist’s mind*” (emphasis in original). I doubt that the framers of the *Criminal Code* intended a conviction in this circumstance.

Le regretté professeur Glanville Williams, allié de mes collègues, s’oppose vivement, comme eux, au point de vue que j’adopte dans les présents motifs. Cependant, il a dû reconnaître que son analyse entraîne une déclaration de culpabilité dans les circonstances suivantes. Une personne qui croit sincèrement au vaudou enfonce une épingle dans une figurine, persuadée que cela entraînera la mort d’une personne. Le professeur Williams conclut qu’il s’agit d’une tentative de meurtre. Voir *Criminal Law — The General Part* (2^e éd. 1961) et «Attempting the Impossible — A Reply» (1979-80), 22 *Crim L.Q.* 49, à la p. 52, où le professeur Williams affirme: [TRADUCTION] «La réponse à cette question précise est que l’acte vaudou est une cause immédiate de la mort de la victime *dans l’esprit du vaudouisant*» (en italique dans l’original). Je doute que les rédacteurs du *Code criminel* aient voulu qu’il y ait déclaration de culpabilité dans ces circonstances.

174 I cannot agree with my colleagues that these results are the intended consequences of the enactment of s. 24(1). I do not think any of these factual circumstances should result in criminal prosecution. Section 24(1) requires an offence. If there is in fact no offence, no matter what the belief, one cannot be a party to the non-existent offence.

Je ne peux convenir avec mes collègues que de telles conséquences sont celles que recherchait le législateur en adoptant le par. 24(1). Je crois qu’aucune de ces circonstances de fait ne devrait aboutir à une déclaration de culpabilité. Le paragraphe 24(1) nécessite une infraction. Si, en fait, il n’y a pas d’infraction, peu importe ce que l’on croit, l’on ne peut y être partie puisqu’elle n’existe pas.

175 Prof. Glanville Williams has also pointed out some of the “absurdity” that can arise from adopting what he calls the “putative fact” approach to attempts. This appears to be the approach adopted by my colleagues, as it allows a conviction for attempt by simply relying upon what the attempter believed to be true. In “The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*”, [1986] *Cambridge L.J.* 33, Williams points out the most problematic results of this theory (at pp. 81-82):

Le professeur Glanville Williams a aussi montré quelques-unes des absurdités auxquelles peut mener, en matière de tentative, l’adoption de ce qu’il appelle l’approche des «faits putatifs». Il semble que ce soit l’approche adoptée par mes collègues, car elle donne lieu à une déclaration de culpabilité pour tentative sur la seule foi de ce que l’auteur de la tentative croyait être vrai. Dans «The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*», [1986] *Cambridge L.J.* 33, Williams indique quelles sont les conséquences les plus problématiques de cette théorie (aux pp. 81 et 82):

(1) The putative fact approach would in practice result in setting aside the temporal and spatial limits upon the penal law. Suppose a penal statute comes into force at midnight. A man may think he is acting at 12:05 a.m. (after it has come into force), when in fact he was acting at 11:55 p.m. (before it came into force). Is he guilty of attempting to commit what would be an offence under the Act if his facts were right? (Observe that this is not a question of mistake of law, a mistake as to what the Act says; the mistake concerns the facts.) A man may think he is acting within the bounds of territorial jurisdiction, when he is in fact acting just outside those bounds. Or a person who is not a British citizen but who believes he is a British citizen (as a result of mistaking his birth-place) may assist an enemy abroad. Is he guilty of attempted treason? If a person is not subject to the law of treason, how can he be guilty of attempted treason?

(2) My second type of problem concerns a particular type of justification. A statute may make it an offence to pursue some activity without a licence. A person may act believing he has no licence, when in fact he has one. For example, a driver stopped by the police may untruthfully assert that his wife was driving; the police question him closely, and it transpires that he was driving, and believed he had been disqualified from driving, but in fact he had not. Is he guilty of attempting to drive while disqualified? It needs no demonstration that an affirmative answer would be strange, though it is apparently the answer that was intended to be given (in theory) under the Criminal Attempts Act. [The Act adopted the putative fact theory.]

(3) The third hypothetical is somewhat similar. In the old case of *Dadson* [(1850), 2 Den. 5, 169 E.R. 407], the defendant arrested a person for unlawfully cutting and taking wood, and shot him to prevent him escaping. The person arrested had twice been convicted before, and the arrest (and, at that date, the shooting) would consequently have been lawful if the defendant had known this; but he did not know it, so the arrest (and, consequently, the shooting) was held to be unlawful. There is a strong argument for saying that the decision was wrong. Like the putatively disqualified driver, the defendant was in fact licensed by law to do the act he

[TRANSDUCTION]

(1) L'approche des faits putatifs aurait en pratique pour conséquence d'annuler les limites temporelles et spatiales en matière de droit pénal. Supposons qu'une loi pénale entre en vigueur à minuit. Un homme peut penser qu'il accomplit un acte 5 minutes après minuit (donc après l'entrée en vigueur), alors qu'en fait, il a agi à 23 h 55 (soit avant l'entrée en vigueur). Est-il coupable d'avoir tenté de commettre ce qui aurait été une infraction en vertu de la loi s'il avait eu l'heure juste? (À noter qu'il ne s'agit pas d'une erreur de droit, d'une erreur quant à ce que la loi dit; l'erreur porte sur les faits.) Un homme peut penser qu'il accomplit un acte à l'intérieur des limites territoriales d'un ressort, alors qu'en fait, il accomplit cet acte juste à l'extérieur de ces limites. Ou une personne qui n'est pas citoyen britannique, mais croit qu'elle l'est (par suite d'une erreur quant à son lieu de naissance), aide un ennemi à l'étranger. Est-elle coupable de tentative de trahison? Si une personne n'est pas assujettie aux règles de droit relatives à la trahison, comment peut-elle être coupable de tentative de trahison?

(2) Le deuxième genre de problèmes porte sur un type particulier de justification. Une loi peut sanctionner l'exercice sans permis d'une activité quelconque. Une personne peut accomplir un acte, croyant qu'elle n'a pas de permis, alors qu'elle en a un. Par exemple, un conducteur arrêté par la police peut faussement affirmer que son épouse conduisait; la police l'interroge de manière plus serrée et elle découvre qu'il conduisait alors qu'il croyait erronément en avoir perdu le droit. Est-il coupable d'avoir tenté de conduire alors qu'il n'en avait pas le droit? Manifestement, une réponse affirmative serait étrange, encore que ce soit apparemment la réponse que le législateur a voulu donner (en théorie) en édictant la Criminal Attempts Act. [La *Criminal Attempts Act* adoptait la théorie des faits putatifs.]

(3) La troisième hypothèse est quelque peu semblable. Dans l'arrêt ancien *Dadson* [(1850), 2 Den. 5, 169 E.R. 407], le défendeur avait arrêté une personne parce qu'elle avait coupé et pris illégalement du bois, et il lui avait tiré dessus pour l'empêcher de fuir. La personne arrêtée avait été déclarée coupable deux fois déjà et l'arrestation (et, à cette époque, l'utilisation d'une arme à feu) aurait donc été légale si le défendeur l'avait su; mais il ne le savait pas et, par conséquent, l'arrestation (de même que l'utilisation d'une arme à feu) a été déclarée illégale. Des raisons valables permettraient d'affirmer que cette décision est erronée. Comme dans le cas

did, although he did not know it. To all outward seeming his act was lawful, and his ignorance of fact should not have made his otherwise [lawful] [the article actually uses the word “unlawful” here, but it is clear Williams meant “lawful”] act a crime. The policy of this rule was accepted by Parliament in the Criminal Law Act 1967, s. 2(2), where it is provided that “any person may arrest without warrant anyone who is, or whom he, with reasonable cause, suspects to be, in the act of committing an arrestable offence.” [See our *Criminal Code* s. 27.] The wording means that a person committing an arrestable offence can be validly arrested even though the arrestee lacks a reasonable cause for suspecting him, and even though he does not suspect him. The state of the arrestee’s mind is irrelevant once it is established that the objective facts justifying an arrest were present. If this is the proper rule, it would seem to follow that the arrestee is not only guiltless of assault and false imprisonment in arresting, but is (or should be) guiltless of an attempt to commit these crimes. Yet on the putative fact theory of attempt, he would be guilty of an attempt if, on the facts as he believed them to be, his act would have been criminal. A similar problem can arise in cases of self-defence, where a person’s act is in fact necessary in self-defence but he does not realise this.

These are strong reasons to be cautious in accepting the theory adopted by my colleagues. Prof. Williams suggests that these problems that flow from the elimination of “impossibility” as a defence should be cured by legislation. The uncertainties noted by Prof. Williams lead me to the conclusion that the entire area of “impossible attempts” is a problem that should be dealt with by Parliament.

du conducteur putativement sans droit de conduire, le défendeur était de fait légalement autorisé à agir comme il l’a fait, bien qu’il ne l’ait pas su. Selon toute apparence, ce qu’il a fait était légal, et sa méconnaissance des faits ne devrait pas transformer son acte à tous égards [légal] [dans l’article, le mot «illégal» est employé ici mais à l’évidence, Williams voulait dire «légal»] en un crime. La politique sous-tendant cette règle a été incorporée par le Parlement dans le par. 2(2) de la Criminal Law Act 1967, qui prévoit que [TRADUCTION] «toute personne peut arrêter sans mandat une personne qui est, ou qu’il croit, pour des motifs raisonnables, être sur le point de commettre une infraction pour laquelle elle pourrait être arrêtée» [voir l’art. 27 de notre *Code criminel*]. Il ressort de la lecture de cette disposition qu’une personne qui commet une infraction pour laquelle elle est susceptible d’être arrêtée peut valablement être arrêtée même si la personne qui effectue l’arrestation n’a pas de motifs raisonnables d’avoir des soupçons ou même si elle ne la soupçonne pas. L’état d’esprit de la personne qui effectue l’arrestation n’est pas pertinent une fois que les faits objectifs justifiant l’arrestation ont été établis. Si c’est la règle qu’il faut appliquer, il devrait s’ensuire que la personne qui a effectué l’arrestation est non seulement innocente des voies de fait et de l’emprisonnement fautif qui a suivi l’arrestation, mais qu’elle est (ou devrait être) innocente de tentative de ces crimes. Pourtant, suivant la théorie des faits putatifs en matière de tentative, elle serait coupable de tentative si, vu les faits, tels qu’elle les croyait, son acte était criminel. Un problème similaire peut se poser dans les affaires de légitime défense, où les actes d’une personne sont en fait nécessaires pour assurer sa défense, mais qu’elle ne s’en rend pas compte.

Il y a lieu de se montrer prudent à l’égard de la théorie adoptée par mes collègues. Le professeur Williams donne à entendre que ces problèmes suscités par l’élimination de l’«impossibilité» comme moyen de défense devraient être résolus par la législation. Les incertitudes notées par le professeur Williams m’amènent à conclure que toute la question des «tentatives d’infractions impossibles» est un problème dont la solution relève du législateur.

¹⁷⁶ My view is similar to that adopted by the Law Reform Commission of Canada in Working Paper 45, *Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences* (1985), where it discussed

Mon point de vue est semblable à celui qu’a adopté la Commission de réforme du droit du Canada dans le Document de travail 45, intitulé *La responsabilité secondaire: complicité et infractions*

the classic hypothetical of the man who intends to steal an umbrella (at p. 33):

Where D tries to “steal” his own property, why should he not be liable for attempted theft? Like the unsuccessful pickpocket, he has wrongful intent and does an act towards it. On the other hand, the pickpocket intends to commit a specific offence, while the “self-stealer” only intends wrong in the abstract (to steal). The former’s act can, if successful, be a theft; the latter’s can be no crime at all. True, he could be blamed for being prepared to take the property, no matter whose it is, and break the law in general but this is not, as the law now stands, a criminal offence. Unless our whole approach to criminal law changes, he cannot incur liability.

The Commission recommended that Parliament not amend the *Criminal Code* to make “legally impossible attempts” into crimes, stating that “[t]here should be no liability for [attempting] crimes inherently impossible to commit or acts not qualifying in law as criminal” (p. 36).

II. Conspiracy

I agree with my colleagues that the offence of conspiracy to launder money can be made out on these facts. The gravamen of the offence of conspiracy is the agreement to commit a crime. It was open to the extradition judge to conclude that there was sufficient evidence of an agreement between Dynar and Cohen to commit the offence of money laundering.

The charges of attempt and conspiracy in this case can be distinguished as follows. The charge of conspiracy was based on the agreement to commit the general offence of money laundering, whereas the attempt charge was restricted to the attempted laundering of the money that was to have been

inchoatives (1985), où est analysée l’hypothèse classique de l’homme qui a l’intention de voler un parapluie (aux pp. 37 et 38):

Si une personne tente de «voler» ce qui lui appartient, pourquoi ne devrait-elle pas être responsable de tentative de vol? Tout comme le pickpocket dont la tentative est infructueuse, elle a l’intention de nuire et accomplit une action pour concrétiser cette intention. En revanche, tandis que le pickpocket a le dessein de commettre une infraction spécifique, notre «voleur», lui, n’a qu’une intention de nuire abstraite (le vol). Dans le premier cas, l’infraction peut être commise, alors que dans le second, elle ne peut absolument pas l’être. Bien sûr, on pourrait blâmer le «voleur» du fait qu’il était disposé à prendre le bien en question (peu importe à qui il appartenait) et donc, d’une manière générale, à violer la loi, mais d’après le droit en vigueur, il ne s’agit pas là d’une infraction. À moins que notre façon d’aborder le droit pénal ne change du tout au tout, sa responsabilité pénale ne sera jamais engagée.

La Commission a recommandé que le législateur ne modifie pas le *Code criminel* de manière à incriminer les «tentatives d’infractions impossibles en droit», affirmant qu’«[a]ucune responsabilité pénale ne devrait être imputée pour des actions tendant à la consommation d’une infraction qu’il est impossible de commettre, ou d’actes qui ne sont pas qualifiés d’infraction par le droit pénal» (à la p. 41).

II. Le complot

Je conviens avec mes collègues que les faits de l’espèce permettent d’établir l’infraction de complot en vue de recycler des produits de la criminalité. Le fondement de l’infraction de complot est l’entente en vue de commettre un crime. Il était loisible au juge d’extradition de conclure qu’il y avait suffisamment d’éléments de preuve d’une entente entre Dynar et Cohen en vue de commettre l’infraction de recyclage des produits de la criminalité.

Il est possible en l’espèce d’établir une distinction entre la tentative et le complot de la façon suivante. L’accusation de complot était fondée sur l’entente de commettre l’infraction générale de recyclage des produits de la criminalité, alors que l’accusation de tentative se limitait à la tentative de

177

178

provided by the authorities in the sting operation. No proceeds, of crime or otherwise, need be present to commit the offence of conspiracy.

III. Conclusion

¹⁷⁹ Since it is only necessary to find probable grounds that any extraditable offence has been committed, Dynar was properly ordered extradited on the conspiracy charge. In the result I agree with the disposition of Cory and Iacobucci JJ., and would allow the appeal and dismiss the cross-appeal.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Robert Hubbard and Croft Michaelson, Toronto.

Solicitors for the respondent: Sack, Goldblatt, Mitchell, Toronto.

recycler l'argent qui aurait été fourni par les autorités lors d'une opération d'infiltration. Aucun produit, de la criminalité ou de toute autre activité, n'est nécessaire pour la perpétration de l'infraction de complot.

III. Conclusion

Étant donné qu'il est seulement nécessaire d'établir la probabilité de la perpétration d'une infraction donnant lieu à l'extradition, l'ordonnance d'extradition prononcée contre Dynar a été rendue à juste titre à l'égard de l'accusation de complot. En définitive, je suis d'accord avec la solution proposée par les juges Cory et Iacobucci et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter le pourvoi incident.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Procureurs des appelants: Robert Hubbard et Croft Michaelson, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Sack, Goldblatt, Mitchell, Toronto.