

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

René Luther Hamilton *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. HAMILTON

Neutral citation: 2005 SCC 47.

File No.: 30021.

2005: January 14; 2005: July 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Counselling offence that is not committed — Elements of offence — Mens rea — Accused sending “teaser” e-mail on Internet marketing sale of “Top Secret” files — Teaser advertising software that would enable purchaser to generate valid credit card numbers — Files sold including instructions on how to make bombs and how to break into a house — Accused charged with counselling four offences that were not committed — Whether accused had requisite mens rea for offences charged — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 464.

The accused sent “teaser” e-mails on the Internet to more than 300 people, marketing the sale of “Top Secret” files he himself had purchased off a website. The teaser advertised software that would enable the purchaser to generate “valid” credit card numbers. The accused made at least 20 sales and the files that were sold, although not the teaser, also included instructions on how to make bombs and how to break into a house. A document describing a credit card number generator that was not part of the files was discovered on the accused’s computer. As well, a handwritten list of Visa numbers was seized in his possession. No complaints were received by the bank regarding their improper use.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

René Luther Hamilton *Intimé*

et

**Procureur général de l’Ontario et Association
canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. HAMILTON

Référence neutre : 2005 CSC 47.

N° du greffe : 30021.

2005 : 14 janvier; 2005 : 29 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

Droit criminel — Conseiller une infraction qui n’est pas commise — Éléments de l’infraction — Mens rea — « Annonce-mystère » proposant la vente de « fichiers ultra-secrets » transmise par courriels sur Internet — Annonce-mystère présentant un logiciel censé permettre à l’acheteur de générer des numéros de carte de crédit valides — Instructions expliquant comment fabriquer des bombes et comment entrer par effraction dans une maison figurant dans les fichiers vendus — Accusé inculpé d’avoir conseillé quatre infractions qui n’ont pas été commises — L’accusé possédait-il la mens rea requise à l’égard des infractions reprochées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 464.

L’accusé a envoyé par courriels sur Internet à plus de 300 personnes une « annonce-mystère » moussant la vente de « fichiers ultra-secrets » qu’il avait lui-même achetés à partir d’un site Web. L’annonce-mystère présentait un logiciel censé permettre à l’acheteur de générer des numéros de cartes de crédit « valides ». L’accusé a réalisé au moins 20 ventes et les fichiers ainsi vendus, mais pas l’annonce-mystère, comprenaient aussi des instructions sur la fabrication de bombes et sur la façon d’entrer par effraction dans une maison. On a découvert dans l’ordinateur de l’accusé un document qui décrivait un générateur de numéros de cartes de crédit et qui ne faisait pas partie des fichiers. De même, on a saisi une

The accused was charged under s. 464 of the *Criminal Code* with counselling four indictable offences that were not committed, including fraud. The accused testified that he had seen a computer-generated list of the contents of the files but that he had not read the files. The trial judge accepted the accused's evidence in this regard and also accepted his evidence that he had not used the credit card numbers he had generated. She acquitted the accused, concluding that the *actus reus* of the offence had been proven in respect of each of the counts but not the *mens rea*. The Court of Appeal upheld the acquittal. The Crown appealed to this Court on the issue of *mens rea*.

Held (Major, Abella and Charron JJ. dissenting): The appeal should be allowed on the count of counselling fraud.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.: The concern in this case is with the imposition of criminal liability on those who counsel others to commit crimes. The *actus reus* for counselling is the deliberate encouragement or active inducement of the commission of a criminal offence. The *mens rea* consists of nothing less than an accompanying intent or conscious disregard of the substantial and unjustified risk inherent in the counselling: that is, it must be shown that the accused either intended that the offence counselled be committed, or knowingly counselled the commission of the offence while aware of the unjustified risk that the offence counselled was in fact likely to be committed as a result of the accused's conduct. Courts cannot contain the inherent dangers of cyberspace crime by expanding or transforming offences, such as counselling, that were conceived to meet a different and unrelated need. [21] [29] [31]

The trial judge acquitted the accused on the count of counselling fraud because his motivation was mercenary as opposed to malevolent. The trial judge's conclusion that the accused did not intend to induce the recipients to use those numbers is incompatible with the plain meaning of the "teaser" e-mail and with her other findings of fact, including her finding that the accused understood that the use of the generated numbers was illegal. Her assertion that "[h]is motivation was monetary" immediately after her reference to these facts demonstrates an error of law as to the *mens rea* for counselling the commission of a crime, and warrants a

liste manuscrite de numéros de cartes Visa qu'il avait en sa possession. La banque n'a reçu aucune plainte d'utilisation irrégulière de ces numéros. Il a été accusé, en vertu de l'art. 464 du *Code criminel*, d'avoir conseillé la perpétration de quatre actes criminels qui n'ont pas été commis, y compris la fraude. L'accusé a témoigné qu'il avait vu une liste, produite par ordinateur, du contenu des fichiers, mais qu'il n'avait pas lu les fichiers. La juge du procès a accepté le témoignage de l'accusé, qui a déclaré ne pas avoir utilisé les numéros de cartes de crédit qu'il avait générés. Elle a acquitté l'accusé, concluant qu'on avait prouvé l'*actus reus* de l'infraction à l'égard de chacun des chefs d'accusation, mais non la *mens rea* nécessaire. La Cour d'appel a confirmé l'acquiescement. Le ministère public a interjeté appel à notre Cour sur la question de la *mens rea*.

Arrêt (les juges Major, Abella et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli relativement au chef d'accusation reprochant d'avoir conseillé la perpétration d'une fraude.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish : La question qui se pose en l'espèce est l'imputation de la responsabilité pénale aux personnes qui conseillent à autrui de commettre des crimes. L'*actus reus* de l'infraction consistant à conseiller un crime réside dans le fait d'encourager délibérément ou d'inciter activement la perpétration d'une infraction criminelle. La *mens rea* n'est rien de moins que l'intention concomitante ou le mépris conscient du risque injustifié et important inhérent aux conseils. Il faut donc démontrer soit que l'accusé voulait que l'infraction conseillée soit commise, soit qu'il a sciemment conseillé l'infraction alors qu'il était conscient du risque injustifié que l'infraction conseillée soit commise en conséquence de sa conduite. Les tribunaux ne peuvent pas contrer les dangers inhérents à la criminalité dans le cyberspace en élargissant ou en transformant des infractions qui, comme celle consistant à conseiller une infraction, ont été conçues en réponse à des besoins différents et sans lien avec cet objectif. [21] [29] [31]

La juge du procès a acquitté l'accusé du chef d'avoir conseillé la fraude, parce que les mobiles de ce dernier relevaient de la cupidité plutôt que de la malveillance. La conclusion de la juge du procès selon laquelle l'accusé n'avait pas l'intention d'amener les destinataires à utiliser ces numéros est incompatible avec le sens évident du courriel contenant l'« annonce-mystère » et avec ses autres conclusions de fait, notamment celle suivant laquelle l'accusé comprenait que l'utilisation des numéros obtenus était illégale. L'affirmation que « ses mobiles étaient d'ordre pécuniaire », qui suit immédiatement la mention de ces faits par la juge, témoigne d'une erreur

new trial. The trial judge confounded “motive” and “intent”. [40] [45]

Per Major, Abella and Charron JJ. (dissenting): In interpreting a *Criminal Code* provision, it is important not to overreach the purpose of the criminal sanction at the expense of other important social values. This is particularly so in a case such as this one where the conduct in question consists of communications. The *actus reus* under s. 464 of the *Criminal Code* consists of “counsel[ing] another person to commit an indictable offence”. In order for the *actus reus* to be proven, the words communicated by the accused, viewed objectively, must be seen as actively inducing, procuring or encouraging the commission of an offence. However, it is well established that it is not necessary that the person counselled be in fact persuaded. The *mens rea* of the offence is largely inferred from the *actus reus* itself. It is not sufficient that the communication simply raise the possibility of affecting its recipient. At the very least, the counsellor must subjectively intend to persuade the person counselled to commit the offence. Mere recklessness as to the counselled person’s reaction to the communication is insufficient. Except in the most unusual circumstances, the counsellor who intends to persuade the person counselled to commit an offence will intend that the offence be committed. This restricted interpretation of the *actus reus* and *mens rea* of the offence of counselling ensures that the scope of the offence remains within the justifiable limits of the criminal law and protects freedom of expression by limiting the potential overbreadth of a criminal sanction whose sole target is speech. While the Internet poses particular risks because of the ease with which mass communications may be disseminated worldwide, the remedy does not lie in an expansive interpretation of the offence of counselling. [66-67] [72] [76-77] [81]

There is no reason to interfere with the trial judge’s conclusion that the accused did not have the necessary *mens rea*. Her consideration of the accused’s motivation must be examined in the context of the evidence before her, and her reasons must be read as a whole. Here, the Court of Appeal correctly concluded that the trial judge had considered motive as part of her findings of fact, but that her decision on the issue of *mens rea* was based on other facts relating to the accused’s knowledge. It was on the basis of these other facts that the trial judge

de droit quant à la *mens rea* de l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’un crime, et justifie la tenue d’un nouveau procès. La juge du procès a commis une erreur en confondant « mobile » et « intention ». [40] [45]

Les juges Major, Abella et Charron (dissidents) : Dans l’interprétation d’une disposition du *Code criminel*, il importe de ne pas outrepasser l’objet de la sanction pénale au détriment d’autres valeurs sociales importantes, en particulier lorsque, comme en l’espèce, la conduite en question consiste en des communications. Aux termes de l’art. 464 du *Code criminel*, l’*actus reus* consiste à « conseill[e] à une autre personne de commettre un acte criminel ». Pour que l’*actus reus* soit prouvé, les propos communiqués par l’accusé, pris objectivement, doivent avoir amené ou encouragé activement la perpétration d’une infraction. Cependant, il est bien établi qu’il n’est pas nécessaire que la personne conseillée soit vraiment convaincue. La *mens rea* se déduit essentiellement de l’*actus reus* lui-même. Il ne suffit pas que la communication puisse simplement produire un effet sur la personne qui la reçoit. La personne qui conseille doit à tout le moins avoir subjectivement l’intention de convaincre la personne conseillée de commettre l’infraction. La simple insouciance quant à la réaction de la personne conseillée à l’égard de la communication n’est pas suffisante. Sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, le conseiller qui entend persuader la personne conseillée de commettre une infraction veut que l’infraction soit commise. Cette interprétation restreinte de l’*actus reus* et de la *mens rea* de l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’une infraction fait en sorte de maintenir dans les limites justifiables du droit pénal la portée de l’infraction et protège la liberté d’expression en limitant la portée potentiellement excessive d’une sanction pénale dont le seul objet est l’expression. Bien que l’Internet présente des risques particuliers à cause de la facilité avec laquelle les messages diffusés grâce aux moyens de communication de masse peuvent être transmis à travers le monde, la solution ne réside pas dans une interprétation large de l’infraction de conseiller la perpétration d’un crime. [66-67] [72] [76-77] [81]

Il n’y a aucune raison de modifier la conclusion de la juge du procès que l’accusé n’avait pas la *mens rea* nécessaire. L’analyse de la juge du procès concernant les mobiles de l’accusé doit être examinée au regard de la preuve dont elle disposait, et les motifs exposés par la juge doivent être considérés dans leur ensemble. En l’espèce, la Cour d’appel a eu raison de conclure que la juge du procès a tenu compte des mobiles dans le cadre de ses conclusions de fait, mais que, sur la question de la *mens rea*, la décision de cette dernière reposait sur

found the accused lacked sufficient knowledge of the consequences of his actions to satisfy the *mens rea* requirement. [84] [86]

Cases Cited

By Fish J.

Discussed: *R. v. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Sansregret*, [1985] 1 S.C.R. 570; **referred to:** *Brousseau v. The King* (1917), 56 S.C.R. 22; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Dionne* (1987), 79 N.B.R. (2d) 297; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973.

By Charron J. (dissenting)

R. v. Dionne (1987), 79 N.B.R. (2d) 297; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Walia (No. 1)* (1975), 9 C.R. (3d) 293; *R. v. Glubisz* (1979), 47 C.C.C. (2d) 232; *R. v. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505; *R. v. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 22, 81(1)(a), (d), 348(1)(d), 380(1)(b), 463, 464.

Authors Cited

Alexander, Larry, and Kimberly D. Kessler. "Mens Rea and Inchoate Crimes" (1997), 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1138.

Ashworth, Andrew. *Principles of Criminal Law*, 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004, "inchoate crime".

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 45. *Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences*. Ottawa: The Commission, 1985.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2004, "counsel", "incite", "procure", "solicit".

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.

Dressler, Joshua. *Understanding Criminal Law*, 3rd ed. New York: Lexis, 2001.

Friedland, Martin Lawrence, and Kent Roach. *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials*, 8th ed. Toronto: Emond Montgomery, 1997.

d'autres faits touchant à la connaissance de l'accusé. Se fondant sur ces autres faits, la juge du procès a estimé que l'accusé n'avait pas une connaissance suffisante des conséquences de ses actes pour satisfaire à l'exigence de la *mens rea*. [84] [86]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts analysés : *R. c. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés :** *Brousseau c. The King* (1917), 56 R.C.S. 22; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2^e) 297; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

Citée par la juge Charron (dissidente)

R. c. Dionne (1987), 79 R.N.-B. (2^e) 297; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Walia (No. 1)* (1975), 9 C.R. (3d) 293; *R. c. Glubisz* (1979), 47 C.C.C. (2d) 232; *R. c. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505; *R. c. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 22, 81(1)(a), (d), 348(1)(d), 380(1)(b), 463, 464.

Doctrine citée

Alexander, Larry, and Kimberly D. Kessler. « Mens Rea and Inchoate Crimes » (1997), 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1138.

Ashworth, Andrew. *Principles of Criminal Law*, 4th ed. Oxford : Oxford University Press, 2003.

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2004, « inchoate crime ».

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.

Dressler, Joshua. *Understanding Criminal Law*, 3rd ed. New York : Lexis, 2001.

Friedland, Martin Lawrence, and Kent Roach. *Criminal Law and Procedure : Cases and Materials*, 8th ed. Toronto : Emond Montgomery, 1997.

Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris : Le Robert, 2001 « amener », « conseiller », « inciter ».

LaFave, Wayne R. *Substantive Criminal Law*, 2nd ed., vol. 2. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2003.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2004.
 Smith, John. *Smith & Hogan Criminal Law*, 9th ed. London: Butterworths, 1999.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens, 1983.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, Hunt and Park JJ.A.) (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 330 A.R. 328, 299 W.A.C. 328, 178 C.C.C. (3d) 434, 18 C.R. (6th) 337, [2004] 7 W.W.R. 388, [2003] A.J. No. 1080 (QL), 2003 ABCA 255, affirming a judgment of Smith J. (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 309 A.R. 305, [2002] 8 W.W.R. 334, [2002] A.J. No. 30 (QL), 2002 ABQB 15, acquitting the accused of counselling four indictable offences that were not committed. Appeal allowed in part, Major, Abella and Charron JJ. dissenting.

James C. Robb, Q.C., and *Steven M. Bilodeau*, for the appellant.

F. Kirk MacDonald, for the respondent.

Christopher Webb, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Andrew K. Lokan, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ. was delivered by

FISH J. —

I

¹ The respondent, René Luther Hamilton, offered for sale through the Internet access to a “credit card number generator” — in terms that extolled its use for fraudulent purposes. As part of the same package of “Top Secret” files, he also offered for sale

LaFave, Wayne R. *Substantive Criminal Law*, 2nd ed., vol. 2. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2003.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2004.
 Smith, John. *Smith & Hogan Criminal Law*, 9th ed. London : Butterworths, 1999.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London : Stevens, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Conrad, Hunt et Park) (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 330 A.R. 328, 299 W.A.C. 328, 178 C.C.C. (3d) 434, 18 C.R. (6th) 337, [2004] 7 W.W.R. 388, [2003] A.J. No. 1080 (QL), 2003 ABCA 255, qui a confirmé un jugement de la juge Smith (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 309 A.R. 305, [2002] 8 W.W.R. 334, [2002] A.J. No. 30 (QL), 2002 ABQB 15, qui avait acquitté l’accusé d’avoir conseillé la perpétration de quatre actes criminels qui n’ont pas été commis. Pourvoi accueilli en partie, les juges Major, Abella et Charron sont dissidents.

James C. Robb, c.r., et *Steven M. Bilodeau*, pour l’appelante.

F. Kirk MacDonald, pour l’intimé.

Christopher Webb, pour l’intervenant le Procureur général de l’Ontario.

Andrew K. Lokan, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish rendu par

LE JUGE FISH —

I

L’intimé René Luther Hamilton a offert en vente par Internet l’accès à un [TRADUCTION] « générateur de numéros de cartes de crédit » — en des termes prônant son utilisation à des fins frauduleuses. Dans le même groupe de [TRADUCTION] « fichiers

bomb “recipes” and information on how to commit burglaries.

Mr. Hamilton was charged under s. 464(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in four separate counts, with counselling the commission of indictable offences that were not in fact committed.

The trial judge was not satisfied that Mr. Hamilton had acted with the requisite *mens rea*, or culpable intent, and she therefore acquitted him on all four counts: (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 2002 ABQB 15. The Court of Appeal for Alberta dismissed the Crown’s appeal: (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 2003 ABCA 255.

The Crown now appeals to this Court on the ground that the trial judge erred as to the *mens rea* of counselling. In the Crown’s view, it is unnecessary to prove that the person who counselled the offence intended that it be committed; recklessness is sufficient.

The Crown contends that even if recklessness is insufficient, the trial judge erred in confounding “motive” and “intent”. With respect, I agree that the trial judge erred in this regard and that her verdict, but for this error, might very well have been different, at least on the count for counselling fraud. She acquitted Mr. Hamilton of that offence because, in her own words, “[h]is motivation was monetary” (para. 53 (emphasis added)).

I would therefore allow the Crown’s appeal, order a new trial on the count for counselling fraud and dismiss the appeal with respect to the three remaining counts.

II

Mr. Hamilton was charged under s. 464 of the *Criminal Code* with counselling four indictable offences that were not committed: making explosive

ultra-secrets », il a aussi mis en vente des « recettes » pour la fabrication de bombes ainsi que des informations sur la façon de commettre des vols par effraction.

M. Hamilton a été accusé en vertu de l’al. 464(a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, sous quatre chefs distincts, d’avoir conseillé la perpétration d’actes criminels qui n’ont pas été commis.

La juge du procès n’était pas convaincue que M. Hamilton avait la *mens rea*, ou l’intention coupable, requise et elle l’a donc acquitté relativement aux quatre chefs d’accusation : (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 2002 ABQB 15. La Cour d’appel de l’Alberta a rejeté l’appel formé par le ministère public : (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 2003 ABCA 255.

Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour en faisant valoir que la juge du procès a commis une erreur quant à la *mens rea* requise pour l’infraction consistant à conseiller une infraction. Selon le ministère public, il n’est pas nécessaire de prouver que la personne qui a conseillé l’infraction voulait qu’elle soit commise; l’insouciance suffit.

Le ministère public prétend que, même si l’insouciance ne suffit pas, la juge du procès a commis une erreur en confondant « mobile » et « intention ». En toute déférence, je conviens que la juge du procès a commis une erreur à cet égard et que, n’eût été cette erreur, son verdict aurait fort bien pu être différent, du moins en ce qui concerne le chef d’accusation reprochant d’avoir conseillé une fraude. Elle a acquitté M. Hamilton de cette infraction parce que, selon ses propres termes, [TRADUCTION] « [s]es mobiles étaient d’ordre pécuniaire » (par. 53 (je souligne)).

Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi du ministère public, d’ordonner la tenue d’un nouveau procès relativement au chef d’accusation reprochant d’avoir conseillé la commission d’une fraude et de rejeter le pourvoi en ce qui a trait aux trois autres chefs.

II

M. Hamilton a été accusé en vertu de l’art. 464 du *Code criminel* d’avoir conseillé la perpétration de quatre actes criminels qui n’ont pas été

2

3

4

5

6

7

substances with intent; doing anything with intent to cause an explosion; break and enter with intent; and fraud.

8

The charges resulted from an advertisement, or “teaser”, sent by Mr. Hamilton through the Internet to more than 300 people whose addresses he had acquired from published lists. His advertisement read, in part:

HAVE YOU EVER HEARD OF A SOFTWARE PROGRAM THAT CAN PRODUCE AND DISPLAY VALID WORKING CREDIT CARD NUMBERS AT THE TOUCH OF A KEY!!!!

WELL IT'S ARRIVED THE TIME IS NOW!!

THE AUTOMATIC CREDIT CARD NUMBER GENERATOR!!!!!!!!!!

. . . .

ALL VALID AND FULLY FUNCTIONAL!!

. . . .

*YOU CAN ALSO Extrapolate NEW CREDIT CARD NUMBERS OFF OF YOUR EXISTING ALREADY VALID REAL CREDIT CARDS!!!! 100% valid numbers!

SIMPLE TO USE??? - - - ABSOLUTELY!!

. . . .

*IMAGINE THE THINGS THAT YOU COULD DO WITH THIS PROGRAM, AND THE VALID CREDIT CARD NUMBERS IT GENERATES!!

THE POSSIBILITIES ARE ENDLESS!!! . . .

. . . .

ALSO AVAILABLE IS THE OVERSEA'S AT&T CALLING CARD NUMBER GENERATOR!!!!!!

commis : fabrication de substances explosives dans un dessein criminel, accomplissement d'un acte avec l'intention de causer une explosion, introduction par effraction dans un dessein criminel et fraude.

Les accusations découlaient d'une annonce, ou « annonce-mystère », que M. Hamilton a envoyée par Internet à plus de 300 personnes dont il avait obtenu les adresses électroniques sur des listes publiques. Voici des extraits du texte de son annonce :

[TRADUCTION] AVEZ-VOUS DÉJÀ ENTENDU PARLER D'UN LOGICIEL QUI PERMET DE PRODUIRE ET D'AFFICHER DES NUMÉROS DE CARTES DE CRÉDIT VALIDES SIMPLEMENT EN APPUYANT SUR UNE TOUCHE DU CLAVIER!!!!

ET BIEN, IL EXISTE . . . ET IL EST DISPONIBLE DÈS MAINTENANT!!

LE GÉNÉRATEUR AUTOMATIQUE DE NUMÉROS DE CARTES DE CRÉDIT!!!!!!!!!!

. . . .

DES NUMÉROS VALIDES ET PLEINEMENT FONCTIONNELS!!

. . . .

*VOUS POUVEZ AUSSI Créer DE NOUVEAUX NUMÉROS DE CARTES DE CRÉDIT À PARTIR DES NUMÉROS DE VOS CARTES DE CRÉDIT VALIDES!!!! Des numéros tout à fait valides!

FACILE À UTILISER??? - - - ABSOLUMENT!!

. . . .

*IMAGINEZ TOUT CE QUE VOUS POURRIEZ FAIRE AVEC CE LOGICIEL ET LES NUMÉROS VALIDES DE CARTES DE CRÉDIT QU'IL GÉNÈRE!!

LES POSSIBILITÉS SONT ILLIMITÉES!!! . . .

. . . .

LE GÉNÉRATEUR DE NUMÉROS DE CARTES D'APPELS INTERNATIONAUX D'AT&T EST ÉGALEMENT DISPONIBLE!!!!!!

FREE LONG DISTANCE??? YUPPERS! YES INDEED, ABSOLUTELY!!!!

*THIS SIMPLE EASY TO USE PROGRAM PRODUCES VALID OVERSEA'S AT&T CALLING CARD NUMBERS. . WITH ONE STROKE OF THE KEY!!!

. . . .

*GET ANY CREDIT CARD YOU WANT

. . . .

ALL OF THESE METHODS HAVE BEEN PROVEN TO WORK OVER AND OVER, TIME AND TIME AGAIN!! THESE ARE THE SECRETS THAT MILLIONAIRES AND GOVERNMENT INSIDERS ONLY TELL THEIR FRIENDS ABOUT!!

Don't delay . . . This Extraordinary and Valuable Information including the Card Generator Programs can be yours Today for ONLY \$50 (US FUNDS).

. . . .

IF YOU DOWNLOAD THE PROGRAMS AND USE THEM . . . WE ACCEPT NO LIABILITY FOR YOUR ACTIONS!

DON'T MISS OUT ON THIS CHANCE TO GET YOUR HANDS ON THESE TWO AMAZING PROGRAMS, THAT WILL FOREVER CHANGE YOUR LIFE . . . ! IF YOU MISS THE CHANCE NOW, IT MIGHT NOT COME AROUND AGAIN AS THESE SOFTWARE PROGRAMS ARE NOT SOLD IN RETAIL STORES, FOR OBVIOUS REASONS!!

. . . .

Looking forward to seeing you well on your way to a wealthy lifestyle!! [Emphasis added.]

Mr. Hamilton also created a web site advertising the Top Secret files, and was shown to have made at least 20 sales.

The trial judge found that Mr. Hamilton had seen a computer-generated list of the contents of the Top Secret files. They contained document descriptions such as "bombs.txt", "bombs2.txt", "bombs3.txt",

DES APPELS INTERURBAINS GRATUITS??? OUI, ABSOLUMENT GRATUITS!!!!

*CE LOGICIEL SIMPLE ET FACILE À UTILISER PERMET DE CRÉER DES NUMÉROS VALIDES DE CARTES D'APPELS INTERNATIONAUX D'AT&T. IL SUFFIT D'APPUYER SUR UNE TOUCHE!!!

. . . .

*OBTENEZ LA CARTE DE CRÉDIT QUE VOUS VOULEZ

. . . .

IL A ÉTÉ PROUVÉ MAINTES ET MAINTES FOIS, ENCORE ET ENCORE, QUE TOUTES CES MÉTHODES FONCTIONNENT!! CE SONT LÀ LES SECRETS QUE LES MILLIONNAIRES ET LES INITIÉS AU SEIN DU GOUVERNEMENT NE CONFIENT QU'À LEURS AMIS!!

Ne tardez pas . . . Vous pouvez obtenir dès aujourd'hui ces informations extraordinaires, avec les générateurs de cartes, pour SEULEMENT 50 \$ (EN DOLLARS AMÉRICAINS).

. . . .

SI VOUS TÉLÉCHARGEZ LES LOGICIELS ET LES UTILISEZ . . . NOUS N'ASSUMONS AUCUNE RESPONSABILITÉ POUR VOS ACTES!

NE RATEZ PAS CETTE CHANCE DE METTRE LA MAIN SUR CES DEUX LOGICIELS FABULEUX QUI CHANGERONT VOTRE VIE POUR TOUJOURS . . . ! SI VOUS RATEZ CETTE CHANCE MAINTENANT, IL SE POURRAIT QU'ELLE NE SE REPRÉSENTE JAMAIS . . . PUISQUE, POUR DES RAISONS BIEN ÉVIDENTES, CES LOGICIELS NE SONT PAS VENDUS DANS LES COMMERCES DE VENTE AU DÉTAIL!!

. . . .

Nous sommes impatients de vous voir profiter de cette occasion pour vous enrichir!! [Je souligne.]

M. Hamilton a aussi créé un site Web sur lequel il annonçait les fichiers ultra-secrets, et il a été démontré qu'il avait réalisé au moins 20 ventes.

La juge du procès a conclu que M. Hamilton avait vu une liste, produite par ordinateur, du contenu des fichiers ultra-secrets. Ces fichiers comportaient des descriptions de documents tels

“How to Break into a House.txt”, and “visa hacking.txt”. Mr. Hamilton testified that he had not read these files, and the trial judge, without making an express finding, appears to have accepted his evidence in this regard. The Top Secret files were organized into two zip files, which consisted of roughly 2000 pages of text. Only 13 pages related to the counselling charges that concern us here.

« bombs.txt », « bombs2.txt », « bombs3.txt », « How to Break into a House.txt » et « visa hacking.txt ». M. Hamilton a témoigné ne pas avoir lu ces documents et la juge du procès, sans tirer expressément de conclusion, semble avoir accepté son témoignage à cet égard. Les fichiers ultra-secrets étaient regroupés dans deux fichiers de format Zip, qui contenaient environ 2 000 pages de texte. Seulement 13 pages se rapportaient aux accusations d’avoir conseillé les infractions dont il est question en l’espèce.

11 A document describing a credit card number generator that was not part of the Top Secret files was also discovered on Mr. Hamilton’s computer. As well, a handwritten list of Visa numbers was seized in his possession. Of the listed numbers, all but one were found by the judge to be “valid” (para. 15), in the sense of “usable”. But no complaints were received by the bank regarding their improper use. The trial judge accepted Mr. Hamilton’s evidence that he did not use the credit card numbers he had generated.

On a également découvert dans l’ordinateur de M. Hamilton un document qui décrivait un générateur de numéros de cartes de crédit et qui ne faisait pas partie des fichiers ultra-secrets. De même, on a saisi une liste manuscrite de numéros de cartes Visa que possédait l’intimé. Tous les numéros figurant sur cette liste, sauf un, ont été jugés « valides » par la juge (par. 15), c’est-à-dire « utilisables ». Toutefois, la banque n’a reçu aucune plainte d’utilisation irrégulière de ces numéros. La juge du procès a accepté le témoignage de M. Hamilton, qui a déclaré ne pas avoir utilisé les numéros de cartes de crédit qu’il avait générés.

12 The trial judge acquitted Mr. Hamilton on all counts and the Court of Appeal affirmed the acquittals.

La juge du procès a acquitté M. Hamilton relativement à tous les chefs d’accusation et la Cour d’appel a confirmé les acquittements.

III

III

13 The Crown contends that recklessness satisfies the fault requirement of counselling and that, even if intent (as opposed to recklessness) must be proved, the trial judge erred in grafting onto the required element of intention an additional requirement of motive.

Le ministère public soutient que l’insouciance satisfait à l’exigence de faute de l’infraction consistant à conseiller une infraction et que, même si l’intention (par opposition à l’insouciance) doit être prouvée, la juge du procès a commis une erreur en ajoutant, à l’élément d’intention requis, l’exigence du mobile.

14 At common law, counselling or procuring a felony was a substantive offence, whether or not the felony was subsequently committed: *Brousseau v. The King* (1917), 56 S.C.R. 22. The charges that concern us here are now codified in s. 464(a) of the *Criminal Code*, which provides:

En common law, le fait de conseiller à une personne de commettre un crime ou le fait de l’y amener constituait un crime grave (*felony*), que le crime ait été commis ou non par la suite : *Brousseau c. The King* (1917), 56 R.C.S. 22. Les accusations dont il est question en l’espèce sont maintenant codifiées à l’al. 464a) du *Code criminel* :

464. . . .

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

The *actus reus* for counselling will be established where the materials or statements made or transmitted by the accused *actively induce* or *advocate* — and do not merely *describe* — the commission of an offence: *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 57, *per* McLachlin C.J.

The *mens rea*, or fault element, for counselling was recently considered in *R. v. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), which involved an appeal by the accused against his conviction on one count of counselling murder and two counts of counselling unlawful bodily harm. The trial judge had instructed the jury that they could convict the accused of these offences only if they were satisfied beyond a reasonable doubt that he had counselled their commission “with the intent that his advice or counselling . . . be accepted” (para. 14 (emphasis added)).

The Ontario Court of Appeal found this instruction to be inadequate. In the court’s view, it was not enough for the jury to conclude that the accused intended that his counselling of the offences “be accepted” or “be taken seriously” by the persons counselled to commit them; the accused must have intended as well that the offence counselled *be in fact committed* (para. 46).

In the present case, the trial judge described counselling as a “dual *mens rea* offence” (para. 37) and the Court of Appeal in *Janeteas* cited this characterization of the requisite mental element in its reasons (para. 19).

464. . . .

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

L’*actus reus* de l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’un acte criminel sera établi si les documents envoyés ou les affirmations faites par l’accusé *encouragent activement* ou *préconisent* — et ne *décrivent* pas simplement — la perpétration d’une infraction : *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 57, la juge en chef McLachlin.

La *mens rea* — ou élément fautif — de l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’une infraction a été examinée récemment dans l’arrêt *R. c. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), dans lequel l’accusé interjetait appel de sa déclaration de culpabilité à l’égard de l’accusation d’avoir conseillé la perpétration d’un meurtre et de deux accusations d’avoir conseillé l’infliction illégale de lésions corporelles. Dans ses directives aux jurés, le juge du procès leur a précisé qu’ils pouvaient déclarer l’accusé coupable de ces infractions s’ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que celui-ci avait conseillé leur perpétration [TRADUCTION] « avec l’intention que ses avis ou conseils [. . .] soient acceptés » (par. 14 (je souligne)).

La Cour d’appel de l’Ontario a jugé ces directives inadéquates. De l’avis de la cour, il n’était pas suffisant que le jury conclue que l’accusé avait voulu que ses conseils préconisant la perpétration des infractions [TRADUCTION] « soient acceptées » ou « pris au sérieux » par les personnes à qui il conseillait alors de les commettre; l’accusé devait également avoir voulu que les infractions conseillées *soient effectivement commises* (par. 46).

En l’espèce, la juge du procès a décrit le fait de conseiller la perpétration d’une infraction comme étant [TRADUCTION] « une infraction comportant une double *mens rea* » (par. 37) et, dans l’arrêt *Janeteas*, la Cour d’appel a fait état de cette description de l’élément psychologique requis dans ses motifs (par. 19).

15

16

17

18

19 *Janeteas* was decided on an unusual set of facts and in light of concessions by Crown counsel as to the inadequacy of the trial judge's instructions to the jury. Moreover, authorities cited by the Court of Appeal — none of them binding on this Court — do support the proposition that counselling is a “dual intent” offence. But the Court of Appeal in *Janeteas* did take care to say that it would have reached the same result even if it were found sufficient for conviction that the accused, in counselling the commission of the offences, was reckless as to the consequences.

20 In my respectful view, a judicial determination of the fault element for counselling should not be made to depend on whether the required *mens rea* is characterized as “dual”. I find it preferable to begin instead by considering why the counselling of crime is prohibited and then to examine the ordinary meaning of the words used by Parliament to achieve its purpose.

21 Our concern here is with the imposition of criminal liability on those who counsel others to commit crimes. In this context, “counsel” includes “procure, solicit or incite”: see s. 22(3) of the *Criminal Code*.

22 In their relevant senses, the *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004) defines “counsel” as “advise” or “recommend (a course of action)”; “procure” as “bring about”; “solicit” as “ask repeatedly or earnestly for or seek or invite”, or “make a request or petition to (a person)”; and “incite” as “urge”. “Procure” has been held judicially to include “instigate” and “persuade”: *R. v. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505 (Ont. C.A.).

23 Those who encourage the commission of crimes in any of these ways are criminally responsible for their conduct by way of “secondary liability”.

Dans l'arrêt *Janeteas*, la décision a été rendue en fonction d'un ensemble de faits inhabituels et des admissions, par l'avocat du ministère public, relativement à l'insuffisance des directives données au jury par le juge du procès. De plus, les décisions citées par la Cour d'appel — dont aucune ne lie notre Cour — appuient effectivement la proposition selon laquelle le fait de conseiller un acte criminel est une infraction exigeant une « double intention ». La Cour d'appel a toutefois pris soin, dans l'arrêt *Janeteas*, de dire qu'elle serait arrivée à un résultat identique même si elle avait jugé suffisant, pour conclure à la culpabilité de l'accusé, que ce dernier, en conseillant de commettre les infractions, avait fait preuve d'insouciance quant aux conséquences.

À mon humble avis, la décision du tribunal relative à l'élément de faute de l'infraction consistant à conseiller une infraction ne devrait pas dépendre de la question de savoir si la *mens rea* requise est qualifiée de « double ». Il est préférable, selon moi, de se demander d'abord pourquoi il est interdit de conseiller un crime, et d'examiner ensuite le sens ordinaire des termes employés par le législateur pour réaliser son objectif.

Ce qui nous intéresse, ici, c'est l'imputation de la responsabilité pénale aux personnes qui conseillent à autrui de commettre des crimes. Dans ce contexte, le mot « conseiller » s'entend « d'amener et d'inciter » : voir le par. 22(3) du *Code criminel*.

Le Grand Robert de la langue française (2^e éd. 2001) donne les définitions suivantes des mots « conseiller », « amener » et « inciter », dans leur sens pertinent en l'espèce : « **proposer, recommander, suggérer**. [. . .] **aviser** »; « **conduire** [. . .] **entraîner** »; « pousser (qqn) à qqch., [. . .] à faire qqch. [. . .] **inviter** [. . .] **solliciter** » (caractères gras dans l'original). Il a été jugé que le mot anglais « procure » (« amener ») s'entend notamment de « instiguer » et « persuader » : *R. c. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505 (C.A. Ont.).

Les personnes qui encouragent ainsi d'autres personnes à commettre des crimes sont criminellement responsables de leur conduite du fait de leur « responsabilité secondaire ».

The rationale underlying secondary liability was described by the Law Reform Commission of Canada as “straightforward, obvious and justifiable” — in principle, though not always in practice: Working Paper 45, *Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences* (1985), at p. 5.

According to the Commission (at pp. 5-6):

... the rationale for secondary liability is the same as that for primary liability. Primary liability attaches to the commission of acts which are outlawed as being harmful, as infringing important human interests and as violating basic social values. Secondary liability attaches on the same ground to their attempted commission, to counselling their commission and to assisting their commission.

This is clear with participation. If the primary act (for example, killing) is harmful, then doing it becomes objectionable. But if doing it is objectionable, it is also objectionable to get another person to do it, or help him do it. For while killing is objectionable because it causes actual harm (namely, death), so too inducing and assisting killing are objectionable because of the potential harm: they increase the likelihood of death occurring.

The same arguments hold for inchoate crimes. Again, if the primary act (for example, killing), is harmful, society will want people not to do it. Equally, it will not want them even to try to do it, or to counsel or incite others to do it. For while the act itself causes actual harm, attempting to do it, or counselling, inciting or procuring someone else to do it, are sources of potential harm — they increase the likelihood of that particular harm’s occurrence. Accordingly, society is justified in taking certain measures in respect of them: outlawing them with sanctions, and authorizing intervention to prevent the harm from materializing. [Emphasis added.]

These passages, in my view, aptly explain why Parliament has imposed criminal responsibility on those who counsel, procure, solicit or incite others to commit crimes, whether or not the crimes are in fact committed.

And it seems to me that the plain meaning of the terms used by Parliament to achieve this purpose

La Commission de réforme du droit du Canada a décrit le fondement de la responsabilité secondaire comme une notion « simple, dont le bien-fondé paraît incontestable » — en théorie, mais pas toujours en pratique : Document de travail 45, *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985), p. 5.

Selon la Commission (p. 5-6) :

... les notions de responsabilité principale et de responsabilité secondaire ont le même fondement : la première découle de la commission de faits interdits parce qu’ils sont répréhensibles, qu’ils portent gravement atteinte aux droits d’autrui et qu’ils violent des valeurs fondamentales de la société; la seconde est imputée pour les mêmes motifs à ceux qui tentent de commettre ces infractions, ou encore qui incitent ou aident autrui à les commettre.

Prenons le cas de la complicité. Lorsque le fait principal (le meurtre, par exemple) est condamnable, il devrait également être répréhensible d’amener autrui à le commettre, ou de l’y aider. En effet, si le meurtre est répréhensible parce qu’il cause un préjudice réel (savoir, la mort d’une personne), est de même condamnable le fait d’inciter autrui au meurtre ou de l’aider à le commettre, puisque cela accroît les risques de mort.

Le même argument peut être appliqué aux infractions inchoatives. Ici encore, si le fait principal (par exemple le meurtre) est condamnable, la société souhaitera que personne ne le commette. Elle souhaitera également que personne ne tente de le commettre, ne conseille à autrui de le faire ou ne l’y incite. Car si le fait principal crée en soi un préjudice concret, la tentative, l’incitation, les conseils entraînent également un risque. Ils augmentent en effet la probabilité que le préjudice en question soit causé. Aussi la société est-elle fondée à prendre certaines mesures face à de telles actions : elle les interdit et impose des sanctions en cas de contravention, elle permet aux autorités d’intervenir afin d’empêcher la matérialisation du préjudice. [Je souligne.]

Ces passages expliquent bien, à mon avis, pourquoi le législateur a imputé une responsabilité criminelle aux personnes qui conseillent à autrui de commettre des crimes, les y amènent ou les y incitent, que ces crimes soient effectivement commis ou non.

Et il me semble que le sens ordinaire des termes employés par le législateur pour réaliser cet

24

25

26

27

point to a fault element that combines advertent conduct with a “conscious disregard of *unjustified* (and substantial) risk” that it entails: L. Alexander and K. D. Kessler, “Mens Rea and Inchoate Crimes” (1997), 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1138, at p. 1175 (emphasis in original).

28 The “substantial and unjustified risk” standard of recklessness has venerable roots in Canada and in other common law jurisdictions as well: see, for example, *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, at p. 35 (Dickson J., as he then was, dissenting on other grounds); and, generally, M. L. Friedland and K. Roach, *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials* (8th ed. 1997), at pp. 508 ff., where Herbert Wechsler explains, at pp. 510-11, why the American Law Institute required in its *Model Penal Code* that the risk consciously disregarded be both “substantial” and “unjustifiable”.

29 In short, the *actus reus* for counselling is the *deliberate encouragement or active inducement of the commission of a criminal offence*. And the *mens rea* consists in nothing less than an accompanying *intent or conscious disregard of the substantial and unjustified risk inherent in the counselling*: that is, it must be shown that the accused either intended that the offence counselled be committed, or knowingly counselled the commission of the offence while aware of the unjustified risk that the offence counselled was in fact likely to be committed as a result of the accused’s conduct.

30 I would resist any temptation to depart in this case from that relatively demanding standard. The Internet provides fertile ground for sowing the seeds of unlawful conduct on a borderless scale. And, at the hearing of the appeal, Crown counsel expressed with eloquence and conviction the urgent need for an appropriate prophylactic response.

31 In my view, however, this task must be left to Parliament. Even if they were minded to do so, courts cannot contain the inherent dangers of

objectif dénote un élément de faute qui réunit une conduite délibérée et [TRADUCTION] « un mépris conscient du risque *injustifié* (et important) » qu’il comporte : L. Alexander et K. D. Kessler, « Mens Rea and Inchoate Crimes » (1997), 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1138, p. 1175 (en italique dans l’original).

Une norme requérant la présence d’un « risque considérable et injustifiable » pour justifier de conclure à l’insouciance possède de solides assises au Canada, ainsi que dans d’autres pays de common law : voir, par exemple, *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, p. 35 (le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dissident à d’autres égards); et, de façon générale, M. L. Friedland et K. Roach, *Criminal Law and Procedure : Cases and Materials* (8^e éd. 1997), p. 508 et suiv., où Herbert Wechsler explique, aux p. 510-511, pourquoi l’*American Law Institute* requiert, dans son *Model Penal Code*, que le risque à l’égard duquel il y aurait eu sciemment insouciance soit à la fois « considérable » et « injustifiable ».

En résumé, l’*actus reus* de l’infraction consistant à conseiller un crime réside dans *le fait d’encourager délibérément ou d’inciter activement la perpétration d’une infraction criminelle*. Et la *mens rea* n’est rien de moins que *l’intention* concomitante ou le *mépris conscient du risque injustifié et important inhérent aux conseils*. Il faut donc démontrer soit que l’accusé voulait que l’infraction conseillée soit commise, soit qu’il a sciemment conseillé l’infraction alors qu’il était conscient du risque injustifié que l’infraction conseillée serait vraisemblablement commise en conséquence de sa conduite.

Je me garderai bien, en l’espèce, de m’écarter de cette norme relativement exigeante. L’Internet permet de répandre très facilement et au mépris des frontières les germes d’actes illicites. Et, à l’audition du pourvoi, l’avocat du ministère public a expliqué de manière convaincante et éloquente l’urgence de prendre des mesures préventives adéquates.

À mon avis cependant, cette tâche doit être laissée au législateur. Même s’ils le voulaient, les tribunaux ne peuvent pas contrer les dangers

cyberspace crime by expanding or transforming offences, such as counselling, that were conceived to meet a different and unrelated need. Any attempt to do so may well do more harm than good, inadvertently catching morally innocent conduct and unduly limiting harmless access to information.

Finally, a brief word on *R. v. Sansregret*, [1985] 1 S.C.R. 570. The Court in that case defined recklessness as the conduct of “one who, aware that there is danger that his conduct could bring about the result prohibited by the criminal law, nevertheless persists, despite the risk. . . . in other words, the conduct of one who sees the risk and who takes the chance” (p. 582). The Court, in *Sansregret*, did not set out the degree of risk required to attract criminal sanction. As Don Stuart points out, courts have arbitrarily endorsed varying standards: “uncertainty, probability, likelihood [and] possibility” – and, in some instances, “probability” and “possibility” in the very same case (*Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at pp. 225-26).

We have not been invited in this case to revisit *Sansregret* or to consider afresh the governing principles of recklessness as a fault element under the criminal law of Canada. And I should not be taken to have done so.

IV

In determining that the *actus reus* of counselling was made out, the trial judge stated:

In my view the teaser, viewed objectively, actively promotes the use of the credit card generator. The legal disclaimers do not discourage use. Rather they serve as a message that the use of the numbers generated is illegal, and attempt to limit liability, which furthers rather than limits the message which is to use the numbers in a cautious fashion.

inhérents à la criminalité dans le cyberespace en élargissant ou en transformant des infractions qui, comme celle consistant à conseiller une infraction, ont été conçues en réponse à des besoins différents et sans lien avec cet objectif. Toute tentative en ce sens risquerait de faire plus de tort que de bien, car elle pourrait sanctionner par inadvertance des conduites moralement innocentes et limiter indûment l'accès inoffensif à l'information.

Enfin, quelques brèves remarques à propos de l'arrêt *R. c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570. Dans cette affaire, la Cour a défini l'insouciance comme étant la conduite de « celui qui, conscient que sa conduite risque d'engendrer le résultat prohibé par le droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque. En d'autres termes, [. . .] la conduite de celui qui voit le risque et prend une chance » (p. 582). Dans *Sansregret*, la Cour n'a pas précisé l'intensité du risque requis pour entraîner l'application des sanctions pénales. Comme le souligne Don Stuart, les tribunaux ont arbitrairement appliqué diverses normes : [TRADUCTION] « incertitude, probabilité, vraisemblance [et] possibilité » — et, dans certains cas, « probabilité » et « possibilité » dans une même affaire (*Canadian Criminal Law : A Treatise* (4^e éd. 2001), p. 225-226).

Nous n'avons pas été invités, en l'espèce, à revoir l'arrêt *Sansregret* ou à réexaminer entièrement les principes régissant l'insouciance en tant qu'élément fautif en droit criminel au Canada. Et il ne faut pas voir dans mes motifs une telle révision ou un tel réexamen.

IV

En décidant que l'*actus reus* de l'infraction consistant à conseiller une infraction avait été établi, la juge du procès a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] L'annonce-mystère, si on l'examine objectivement, encourage activement selon moi l'utilisation du générateur de cartes de crédit. Les avis de non-responsabilité ne constituent pas une dissuasion à cet égard. Ils servent plutôt à indiquer que l'utilisation des numéros générés est illégale et tentent de limiter la responsabilité, ce qui a pour effet de renforcer et non d'atténuer le message transmis, à savoir qu'il faut utiliser avec prudence les numéros obtenus.

32

33

34

The Top Secret files sent out by Mr. Hamilton which relate to the charges amount to “How To” guides. The bomb documents contain recipes for bombs together with instructions for assembly and then instructions on how to detonate the bomb. “How to Break into a House” gives instructions in a step by step fashion for a style of break in and theft. The [Visa] hacker, or credit card number generator, is similar. [paras. 20-21]

35 The trial judge appears to have accepted Mr. Hamilton’s evidence that he did not read the files relating to bombs and to burglaries and found as a fact that he had no intention to induce the recipients of his “teaser” to either build bombs or commit burglaries. This finding of fact was not reviewable in the Court of Appeal and is not subject to review in this Court, since the Crown’s right of appeal is limited in both instances to questions of law alone.

36 Mr. Hamilton’s acquittal on the count for counselling fraud does not stand on the same footing.

37 At least as regards the credit card number generator, the trial judge concluded that the documents offered for sale — and sold — by Mr. Hamilton “actively promote or encourage the actions described in them” (para. 22). Applying the test set out in *R. v. Dionne* (1987), 79 N.B.R. (2d) 297 (C.A.), she found that the documents “are likely to incite and are ‘with a view to’ inciting the offence” (para. 22).

38 Nothing in the evidence suggests that Mr. Hamilton intended these documents to be read in a different manner or that they be used for a different purpose. Moreover, the trial judge expressly found that Mr. Hamilton had “subjective knowledge that the use of false credit card numbers is illegal” (para. 53).

39 The trial judge nonetheless acquitted Mr. Hamilton on the charge of counselling fraud

Les fichiers ultra-secrets envoyés par M. Hamilton et qui ont trait aux accusations portées ne sont rien d’autre que des guides pratiques. Les documents concernant les bombes contiennent des recettes pour la fabrication de bombes ainsi que des indications sur la façon de les assembler et de les faire exploser. Le document « How to Break into a House » explique la façon de procéder, étape par étape, pour un type de vol par effraction. Le système de piratage [des cartes Visa], ou générateur de numéros de cartes de crédit, est semblable. [par. 20-21]

La juge du procès semble avoir accepté le témoignage de M. Hamilton, qui a déclaré ne pas avoir lu les fichiers relatifs aux bombes et aux vols par effraction, et elle est arrivée à la conclusion de fait qu’il n’avait pas l’intention d’amener les destinataires de son « annonce-mystère » à fabriquer des bombes ou à commettre des vols par effraction. Cette conclusion de fait n’était pas susceptible de révision par la Cour d’appel et elle ne peut non plus être révisée par notre Cour, puisque le droit d’appel du ministère public se limite dans les deux cas à des questions de droit seulement.

Il n’en va toutefois pas de même pour l’acquittement de M. Hamilton relativement à l’accusation d’avoir conseillé une fraude.

Au moins en ce qui concerne le générateur de numéros de cartes de crédit, la juge du procès a conclu que les documents offerts — et vendus — par M. Hamilton [TRADUCTION] « encouragent activement les actes qui y sont décrits » (par. 22). Appliquant le critère formulé dans l’arrêt *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2^e) 297 (C.A.), la juge a estimé que les documents [TRADUCTION] « sont susceptibles d’inciter des personnes à commettre l’infraction et “vi-sent un tel objectif” » (par. 22).

Rien dans la preuve ne laisse croire que M. Hamilton voulait que ces documents soient interprétés d’une autre manière ou qu’ils soient utilisés à une autre fin. De plus, la juge du procès a expressément conclu que M. Hamilton avait une [TRADUCTION] « connaissance subjective du fait que l’utilisation de faux numéros de cartes de crédit est illégale » (par. 53).

La juge du procès a néanmoins acquitté M. Hamilton relativement à l’accusation d’avoir

because she had “a doubt that Mr. Hamilton had subjective intent to counsel fraud” (para. 53). And she explained her conclusion this way:

His motivation was monetary, and he sought to pique the curiosity of readers who might acquire the information in the same way that he was initially attracted to the information. Further, he struck me as utterly unsophisticated and naïve to the point that he cannot be said to have been wilfully blind or reckless. [Emphasis added; para. 53.]

Essentially, on my reading of this passage, the trial judge acquitted Mr. Hamilton on this count because his *motivation* was mercenary as opposed to malevolent.

In my respectful view, this was an error of law requiring our intervention.

The distinction between motive and intent has been well understood by Canadian courts since at least 1979, when Dickson J. stated:

In ordinary parlance, the words “intent” and “motive” are frequently used interchangeably, but in the criminal law they are distinct. In most criminal trials, the mental element, the *mens rea* with which the court is concerned, relates to “intent”, *i.e.* the exercise of a free will to use particular means to produce a particular result, rather than with “motive”, *i.e.* that which precedes and induces the exercise of the will. The mental element of a crime ordinarily involves no reference to motive

(*Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at p. 831)

Cory and Iacobucci JJ. also underlined this distinction in *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, emphasizing the importance, as a matter of legal policy, of maintaining it with vigilance: “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

conseillé une fraude, parce qu’elle avait un [TRADUCTION] « doute que M. Hamilton ait eu l’intention subjective de conseiller la perpétration d’une fraude » (par. 53). Et elle a expliqué sa conclusion de la manière suivante :

[TRADUCTION] Ses mobiles étaient d’ordre pécuniaire, et il a tenté de piquer la curiosité des lecteurs susceptibles d’acquérir les renseignements de la même façon qu’il avait lui-même été attiré à l’origine par les renseignements. En outre, il m’a paru dénué de toute subtilité et naïf au point où l’on ne saurait dire qu’il a fait preuve d’aveuglement volontaire ou d’insouciance. [Je souligne; par. 53.]

À la lecture de ce passage, il me semble que la juge du procès a acquitté M. Hamilton relativement à ce chef d’accusation essentiellement parce que ses *mobiles* relevaient de la cupidité plutôt que de la malveillance.

À mon humble avis, il s’agissait d’une erreur de droit exigeant notre intervention.

Les tribunaux canadiens comprennent bien la différence entre mobile et intention depuis au moins 1979, l’année où le juge Dickson a écrit ce qui suit :

Dans le parler ordinaire, les mots « intention » et « mobile » sont souvent utilisés l’un pour l’autre mais en droit pénal ils ont un sens différent. Dans la plupart des procès criminels, l’élément moral, la *mens rea* qui intéresse le tribunal, a trait à « l’intention » c’est-à-dire l’exercice d’une libre volonté d’utiliser certains moyens pour produire certains résultats plutôt qu’au « mobile » c’est-à-dire ce qui précède et amène l’exercice de la volonté. L’élément moral d’un crime ne contient ordinairement aucune référence au mobile

(*Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, p. 831)

Les juges Cory et Iacobucci ont également souligné cette distinction dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, en insistant sur l’importance, d’un point de vue juridique, de redoubler de vigilance pour la préserver : « [d]ans 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

40

41

42

43

has been stolen that the thief stole the car intending to sell it to purchase food for a food bank” (para. 81). See also *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973.

44 In this case, of course, the motive attributed to the accused was far less laudable. He sought to make “a quick buck” by encouraging the intended recipients of his Internet solicitation to purchase a device that generated credit card numbers easily put to fraudulent use.

45 The trial judge’s conclusion that Mr. Hamilton did not intend to induce the recipients to use those numbers is incompatible with the plain meaning of the “teaser” e-mail and with her other findings of fact, including her finding that Mr. Hamilton well understood that use of the generated numbers was illegal. Her assertion that “[h]is motivation was monetary” immediately after her reference to these facts demonstrates an error of law as to the *mens rea* for counselling the commission of a crime, and warrants a new trial.

V

46 I would for these reasons allow the appeal on the count for counselling fraud and order a new trial on that count, but dismiss the appeal in relation to the three remaining counts.

The reasons of Major, Abella and Charron JJ. were delivered by

47 CHARRON J. (dissenting) — At issue in this appeal is the requisite mental element for the offence of counselling the commission of an indictable offence which is not committed. More specifically, must the counsellor intend that the counselled offence be committed or is it sufficient to show recklessness as to the consequences? As we shall see, the debate concerns not so much language as it does the limits of criminal liability.

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 » (par. 81). Voir aussi *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

En l’espèce, le mobile attribué à l’accusé était évidemment bien moins louable. Il voulait « s’enrichir rapidement » en encourageant les personnes à qui s’adressait son offre sur Internet à acheter un dispositif qui générerait de faux numéros de cartes de crédit faciles à utiliser à des fins frauduleuses.

La conclusion de la juge du procès selon laquelle M. Hamilton n’avait pas l’intention d’amener les destinataires à utiliser ces numéros est incompatible avec le sens évident du courriel contenant l’« annonce-mystère » et avec ses autres conclusions de fait, notamment celle suivant laquelle M. Hamilton comprenait très bien que l’utilisation des numéros obtenus était illégale. L’affirmation que « [s]es mobiles étaient d’ordre pécuniaire », qui suit immédiatement la mention de ces faits par la juge, témoigne d’une erreur de droit quant à la *mens rea* de l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’un crime, et justifie la tenue d’un nouveau procès.

V

Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en ce qui a trait au chef d’accusation concernant l’infraction d’avoir conseillé une fraude, et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès à cet égard, mais de rejeter le pourvoi en ce qui concerne les trois autres chefs d’accusation.

Version française des motifs des juges Major, Abella et Charron rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur l’élément moral requis pour l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’un acte criminel qui n’est pas commis. Plus particulièrement, la personne qui conseille doit-elle vouloir que l’infraction conseillée soit commise, ou suffit-il de démontrer son insouciance quant aux conséquences? Comme nous le verrons, le débat ne porte pas tant sur les termes employés que sur les limites de la responsabilité criminelle.

Prosecutions for counselling an offence which is not committed have been rare. The Crown in this case seeks to breathe new life into the provision to counter the risk posed by modern day mass communications through cyberspace.

René Luther Hamilton sent out “teaser” e-mails on the Internet, marketing the sale of “Top Secret Reports” he himself had purchased off a website. The teaser advertised software that would enable the purchaser to generate valid credit card numbers. The files that were sold, although not the teaser, also included instructions on how to make bombs and how to break into a house. Following a police investigation of a complaint, Mr. Hamilton was charged under s. 464 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with four counts of counselling the commission of indictable offences which were not committed: making explosive substances with intent to endanger life or cause serious damage to property (s. 81(1)(d)), doing anything with intent to cause an explosion of an explosive substance that is likely to cause serious bodily harm or death to persons or is likely to cause serious damage to property (s. 81(1)(a)), breaking and entering a dwelling-house with intent to commit an indictable offence (s. 348(1)(d)), and by deceit, falsehood, or other fraudulent means defrauding credit card companies of money of a value not exceeding \$5,000 (s. 380(1)(b)).

The trial judge held that the material, when viewed objectively, counselled the commission of the named offences and that, consequently, the *actus reus* of the offence had been made out. This finding is not in issue on this appeal although more will be said about it later. On the question of *mens rea*, the trial judge concluded that Mr. Hamilton did not intend that the offences be carried out, nor could it be said in the circumstances that he was reckless as to the consequences. She found that he “was naïve, lazy, or ignorant, but [that] his

Les poursuites pour avoir conseillé une infraction qui n’est pas commise sont rares. Le ministère public cherche en l’espèce à donner un nouveau souffle à la disposition en vue de contrer les risques que posent de nos jours les communications de masse dans le cyberspace.

René Luther Hamilton a envoyé par courriels sur Internet une [TRADUCTION] « annonce-mystère » moussant la vente de « fichiers ultra-secrets » qu’il avait lui-même achetés à partir d’un site Web. L’annonce-mystère annonçait un logiciel qui devait permettre à l’acheteur de générer des numéros de cartes de crédit valides. Les fichiers ainsi vendus, mais pas l’annonce-mystère, comprenaient aussi des instructions sur la fabrication de bombes et sur la façon d’entrer par effraction dans une maison. À l’issue d’une enquête policière relative à une plainte, M. Hamilton a été accusé en vertu de l’art. 464 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, sous quatre chefs d’accusation d’avoir conseillé la perpétration d’actes criminels qui n’ont pas été commis : fabrication d’une substance explosive avec l’intention de mettre la vie en danger ou de causer des dommages à des biens (al. 81(1)d)), accomplissement d’un acte avec l’intention de causer l’explosion d’une substance explosive, qui est susceptible de causer des lésions corporelles graves ou la mort à des personnes, ou de causer des dommages graves à la propriété (al. 81(1)a)), introduction par effraction dans une maison d’habitation avec l’intention d’y commettre un acte criminel (al. 348(1)d)) et, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, fraude à l’endroit de compagnies émettrices de cartes de crédit pour une somme ne dépassant pas 5 000 \$ (al. 380(1)b)).

La juge du procès a conclu que le matériel, considéré objectivement, conseillait la commission des infractions désignées et que, par conséquent, l’*actus reus* de l’infraction avait été établi. Cette conclusion n’est pas contestée en l’espèce, mais j’y reviendrai plus loin. Concernant la question de la *mens rea*, la juge du procès a conclu que M. Hamilton ne voulait pas que les infractions soient perpétrées, et que l’on ne pouvait pas non plus affirmer dans les circonstances qu’il était insouciant quant aux conséquences. Elle a conclu qu’il [TRADUCTION] « était naïf,

48

49

50

intention was not criminal on any standard”: (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 2002 ABQB 15, at para. 49. She therefore acquitted him of all charges. The Alberta Court of Appeal confirmed the acquittals: (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 2003 ABCA 255. The Crown appeals from the judgment.

paresseux ou ignorant, mais qu’il n’avait aucune intention criminelle, quelle que soit la norme appliquée » : (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 147, 2002 ABQB 15, par. 49. Elle l’a donc acquitté de toutes les accusations. La Cour d’appel de l’Alberta a confirmé les acquittements : (2003), 25 Alta. L.R. (4th) 1, 2003 ABCA 255. Le ministère public se pourvoit contre ce jugement.

51 For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Facts

I. Les faits

52 Mr. Hamilton, 23 years old at the time, was alleged to have sold articles on how to commit the aforementioned offences through a website he had created. Mr. Hamilton had received a “teaser” e-mail advertising the “Top Secret” files, enticing him to purchase the product. Mr. Hamilton recycled the “teaser” and website format of the company he had purchased the files from, changing only the address, and began e-mailing his own “teaser” and advertising the files on his website. The “teaser” was sent to between 300 and 500 people whose addresses he had acquired from published lists. He made in excess of 20 sales over a number of months. His activities came to the attention of the Edmonton police through complaints by some recipients of the spam-mail who either reported it directly to the Edmonton police or to Interpol.

On reprochait à M. Hamilton, alors âgé de 23 ans, d’avoir vendu par un site Web qu’il avait créé des articles ayant trait à la façon de commettre les infractions susmentionnées. Il avait reçu par courriel une « annonce-mystère » concernant des « fichiers ultra-secrets » qui l’incitait à acheter le produit. M. Hamilton a réutilisé l’« annonce-mystère » et la présentation du site Web de la société qui lui avait vendu les fichiers et, ne modifiant que l’adresse, a commencé à transmettre par courriel sa propre « annonce-mystère » et à faire la publicité des fichiers sur son site Web. Il a envoyé l’« annonce-mystère » à un certain nombre de personnes, entre 300 et 500, dont il avait obtenu les adresses sur des listes publiées. Il a réalisé plus de 20 ventes en quelques mois. La police d’Edmonton a eu vent de ses activités, certains destinataires du pourriel s’étant plaints directement à elle ou à Interpol.

53 The “teaser” that Mr. Hamilton received and subsequently used as his own did not make reference to the bomb or break and enter documents, but did refer extensively to the credit card number generator. The web page did not make reference to any illegal documents. The relevant parts of the “teaser” are reproduced in my colleague Fish J.’s judgment at para. 8. As one can see, the “teaser” reads like a typical advertisement for a product, asserting its supposed useful qualities in exaggerated terms. Mr. Hamilton received the files he purchased on disk and in hard copy. He testified that the package as a whole interested him, including the “absurd material” and the “money-making opportunities”.

L’« annonce-mystère » que M. Hamilton a reçue et subséquemment utilisée comme la sienne ne faisait aucune allusion aux documents concernant la fabrication de bombes et l’introduction par effraction, mais parlait abondamment du générateur de numéros de cartes de crédit. La page Web ne mentionnait aucun document illégal. Les extraits pertinents de l’« annonce-mystère » sont reproduits au par. 8 des motifs de mon collègue le juge Fish. Comme on peut le constater, l’« annonce-mystère » est rédigée comme une publicité type vantant en termes exagérés les soi-disant mérites du produit. M. Hamilton a reçu les fichiers qu’il avait achetés sur disque et support papier. Selon son témoignage,

According to him, he thought others might be similarly interested.

Mr. Hamilton saw a computer generated list containing abbreviated names of the files. He testified that he skimmed through the file names, proceeding to read further into those that caught his attention. The computer list contained file names such as: bombs.txt, bombs2.txt, bombs3.txt, How to Break into a House.txt, and visa hacking.txt. Of the roughly 200 files consisting of 2000 pages of text, it is these 5 files, about 13 pages in length, that are relevant to the charges. Except for the “visa hacking” file, Mr. Hamilton testified that he never read or was aware of the files in question.

The files related to explosive substances are best characterized as “how to” recipes. They contain ingredient lists and step-by-step instructions for producing several types of homemade bombs. Evident from its file name, the “How to Break into a House” file is also a “how to” document, listing a series of steps to be followed when attempting to break into a home. It is short and very basic.

The “visa hacking” file provides instructions regarding the generation of credit card numbers, which is essentially an exercise in adding and subtracting from an original valid number. A search of Mr. Hamilton’s computer revealed another document describing a credit card number generator that did not form part of the “Top Secret” files; however, Mr. Hamilton testified that he frequently downloaded information to his computer which he never read, this file being one such example. Furthermore, a handwritten list of Visa numbers was found. Mr. Hamilton had used the credit card number generator described in the files, his mother’s credit card being the starting point. The numbers he generated were all valid save one, but a bank employee testified that no complaints were received

c’est l’ensemble des fichiers qui l’intéressait, notamment le [TRADUCTION] « matériel absurde » et les « possibilités de faire de l’argent ». Il a affirmé qu’il croyait que d’autres pouvaient être également intéressés.

M. Hamilton a vu une liste informatique contenant les noms abrégés des fichiers. Il a déclaré avoir parcouru rapidement cette liste, s’attardant sur les noms qui captaient son attention. La liste informatique contenait des noms de fichiers comme « bombs.txt », « bombs2.txt », « bombs3.txt », « How to Break into a House.txt » et « visa hacking.txt ». Sur les 200 fichiers environ qui totalisaient 2 000 pages de texte, seuls ces 5 fichiers, comprenant approximativement 13 pages, sont pertinents aux accusations portées. Sauf pour le fichier « visa hacking », M. Hamilton a témoigné n’avoir jamais lu les fichiers en question ou en avoir eu connaissance.

Les fichiers relatifs aux substances explosives sont ce qu’on pourrait appeler des « guides pratiques ». Outre une liste d’ingrédients, ils contiennent des instructions décrivant étape par étape la fabrication de plusieurs types de bombes artisanales. Comme son nom l’indique, le fichier « How to Break into a House » est aussi un guide pratique énumérant une série d’étapes à suivre pour quiconque cherche à entrer par effraction dans une maison. C’est court et très simple.

Le fichier « visa hacking » fournit des instructions permettant de générer des numéros de cartes de crédit, opération qui consiste essentiellement à additionner et à soustraire des chiffres à un numéro original valide. Une fouille dans l’ordinateur de M. Hamilton a révélé l’existence d’un autre document décrivant un générateur de numéros de cartes de crédit qui ne faisait pas partie des « fichiers ultra-secrets »; M. Hamilton a toutefois déclaré qu’il téléchargeait fréquemment de l’information qu’il ne lisait pas, ce fichier en étant un exemple. En outre, une liste manuscrite de numéros de cartes de crédit Visa a été trouvée. M. Hamilton avait utilisé le générateur de numéros de cartes de crédit décrit dans les fichiers, en se servant au départ de la carte de crédit de sa mère. Tous les numéros qu’il a créés

54

55

56

regarding their improper use. Mr. Hamilton testified his motivation in generating numbers was to figure out the mathematics behind credit card number formulation, and not to actually use the numbers. He testified that he did not know at the time that it would be possible to use a credit card number without a name, expiry date or security number that is found on the back of credit cards. At the time, Mr. Hamilton had never possessed a credit card of his own.

II. Judicial History

57 The trial judge found that the *actus reus* had been proven in respect of each offence. As noted earlier, this finding was not contested before the Court of Appeal or before this Court. The more contentious issue raised at all court levels concerns the requisite *mens rea*.

58 The Crown argued at trial that the *mens rea* required for counselling is simply the intent to counsel. This intent need not be subjective. It can be found on an objective standard and can arise from wilful blindness. Hence, the Crown submitted that the requisite mental element could be inferred from Mr. Hamilton's knowledge that he was passing on a credit card number generator and his knowledge or wilful blindness as to his passing on the instructions in relation to bombs and breaking into homes. On this approach it is irrelevant whether Mr. Hamilton intended or even adverted to the risk that the persons counselled commit any of the offences.

59 The defence argued that the *mens rea* required for counselling is two-fold: first, the subjective intent to counsel an offence; and second, the intent that the offence counselled be committed.

60 The trial judge accepted the defence's position. She held that the counsellor must intend his own

étaient valides sauf un, mais un employé de la banque a témoigné qu'aucune plainte n'avait été reçue concernant leur utilisation illégitime. M. Hamilton a déclaré qu'il voulait, en créant des numéros, comprendre le raisonnement mathématique à la base de la composition d'un numéro de carte de crédit, et non pas réellement s'en servir. Il a affirmé qu'à ce moment, il ne savait pas qu'il serait possible d'utiliser un numéro de carte de crédit sans disposer du nom, de la date d'expiration ou du numéro de sécurité figurant à l'endos des cartes de crédit. À l'époque, M. Hamilton n'avait jamais possédé sa propre carte de crédit.

II. Historique des procédures

La juge du procès a conclu que l'*actus reus* avait été prouvé à l'égard de chaque infraction. Comme je l'ai indiqué précédemment, cette conclusion n'a pas été contestée devant la Cour d'appel ni devant la Cour. C'est la question plus litigieuse de la *mens rea* requise qui a été soulevée devant toutes les cours.

Le ministère public a soutenu au procès que la *mens rea* requise pour conseiller est simplement l'intention de conseiller. Il n'est pas nécessaire que cette intention soit subjective. Elle peut être établie en fonction d'une norme objective et résulter de l'aveuglement volontaire. Ainsi, le ministère public a fait valoir que l'élément moral requis pouvait être inféré du fait que M. Hamilton savait qu'il transmettait le procédé de création de numéros de cartes de crédit, et du fait qu'il savait qu'il transmettait des instructions liées à la fabrication de bombes et à l'entrée par effraction dans une maison, ou qu'il faisait preuve à cet égard d'un aveuglement volontaire. Suivant cette approche, il importe peu de savoir si M. Hamilton entendait que les personnes conseillées commettent les infractions, ou s'il était même conscient du risque qu'elles les commettent.

La défense a soutenu que la *mens rea* requise pour conseiller comporte deux volets : premièrement, l'intention subjective de conseiller une infraction; deuxièmement, l'intention que l'infraction conseillée soit commise.

La juge du procès a accepté la thèse de la défense. Elle a conclu que la personne qui conseille doit

actions — namely the counselling of an offence — and must also intend that the counselled offence be carried out. In light of her factual findings on Mr. Hamilton's lack of criminal intent on any standard, the trial judge left for another day the question of whether recklessness or wilful blindness could satisfy the requisite mental element. I will review the trial judge's reasons for acquitting Mr. Hamilton in more detail later in this judgment.

The Alberta Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. The court affirmed the trial judge's conclusion that an accused must both intend to counsel a criminal act and intend that the counselled crime be committed for the offence to be made out. The court held further that even if recklessness or wilful blindness were the applicable *mens rea*, there was nothing pertaining to these subjects in the trial judge's reasons that amounted to an error of law justifying appellate intervention.

The Crown appeals on the question of *mens rea*. The Crown no longer contends, as it did in the lower courts, that solely the intent to commit the act of counselling suffices. However, the Crown submits that the counsellor need not intend that the counselled offence be committed; recklessness as to possible unlawful consequences satisfies the mental element of the offence. Mr. Hamilton's position is that adopted by the Court of Appeal, namely the offence of counselling requires proof that the accused actually intended that the offences be committed, in this case, an intent that someone commit credit card fraud, break and enter into a dwelling house, or make and illegally use bombs.

III. Analysis

A. *Statutory Provisions*

The offence of counselling is set out in s. 22(1) of the *Criminal Code*:

avoir l'intention d'accomplir ses propres actions — soit celle de conseiller une infraction — et doit aussi vouloir que l'infraction conseillée soit commise. À la lumière de ses conclusions de fait sur l'absence d'intention criminelle chez M. Hamilton, quelle que soit la norme appliquée, la juge du procès a écarté la question de savoir si l'insouciance ou l'aveuglement volontaire pouvaient correspondre à l'élément moral requis. J'examinerai plus en détail plus loin dans les présents motifs les raisons qui ont amené la juge du procès à acquitter M. Hamilton.

La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel du ministère public. La cour a confirmé la conclusion de la juge du procès selon laquelle un accusé doit avoir l'intention de conseiller un acte criminel et vouloir que le crime conseillé soit commis pour que l'infraction soit établie. La cour a en outre statué que, même si l'insouciance ou l'aveuglement volontaire constituaient la *mens rea* applicable, rien dans les motifs formulés par la juge du procès à cet égard n'équivalait à une erreur de droit justifiant une intervention en appel.

Le ministère public a interjeté appel sur la question de la *mens rea*. Il ne prétend plus, comme il l'a fait devant les juridictions inférieures, que seule l'intention d'accomplir l'acte de conseiller est suffisante. Cependant, il soutient qu'il n'est pas nécessaire que la personne qui conseille ait voulu que l'infraction conseillée soit commise; l'insouciance quant aux éventuelles conséquences illégales satisfait à l'exigence en matière d'élément moral de l'infraction. M. Hamilton a présenté la thèse retenue par la Cour d'appel, soit que l'infraction qui consiste à conseiller exige la preuve que l'accusé voulait réellement que les infractions soient commises, en l'occurrence qu'il voulait que quelqu'un commette une fraude à l'aide d'une carte de crédit, entre par effraction dans une maison d'habitation ou fabrique des bombes et en fasse un usage illégal.

III. Analyse

A. *Dispositions législatives*

L'infraction consistant à conseiller de commettre une infraction est prévue au par. 22(1) du *Code criminel* :

61

62

63

22. (1) Where a person counsels another person to be a party to an offence and that other person is afterwards a party to that offence, the person who counselled is a party to that offence, notwithstanding that the offence was committed in a way different from that which was counselled.

Under s. 22(2), the scope of the counsellor's liability is enlarged to encompass collateral crimes committed by the person counselled:

(2) Every one who counsels another person to be a party to an offence is a party to every offence that the other commits in consequence of the counselling that the person who counselled knew or ought to have known was likely to be committed in consequence of the counselling.

Section 22(3) defines "counsel":

(3) For the purposes of this Act, "counsel" includes procure, solicit or incite.

As we shall see, the meaning of "counsel" is of crucial importance in this case. The French version of the definition provides further assistance in understanding its meaning:

(3) Pour l'application de la présente loi, « conseiller » s'entend d'amener et d'inciter, et « conseil » s'entend de l'encouragement visant à amener ou à inciter.

As the wording makes clear, a requisite element of the offence of counselling under s. 22 is the actual participation in an offence by the person counselled. Under s. 21(1), a party to an offence is one who

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
- (c) abets any person in committing it.

Hence, counselling an offence, if the offence is not committed, does not satisfy the elements of the offence set out under s. 22(1). Criminal liability in these circumstances rests rather on a combination

22. (1) Lorsqu'une personne conseille à une autre personne de participer à une infraction et que cette dernière y participe subséquentement, la personne qui a conseillé participe à cette infraction, même si l'infraction a été commise d'une manière différente de celle qui avait été conseillée.

Aux termes du par. 22(2), l'étendue de la responsabilité de la personne qui conseille est élargie afin d'englober les crimes accessoires commis par la personne conseillée :

(2) Quiconque conseille à une autre personne de participer à une infraction participe à chaque infraction que l'autre commet en conséquence du conseil et qui, d'après ce que savait ou aurait dû savoir celui qui a conseillé, était susceptible d'être commise en conséquence du conseil.

Le paragraphe 22(3) donne la définition suivante de « conseiller » et de « conseil » :

(3) Pour l'application de la présente loi, « conseiller » s'entend d'amener et d'inciter, et « conseil » s'entend de l'encouragement visant à amener ou à inciter.

Comme nous le verrons, le sens de « conseiller » et de « conseil » prend une importance cruciale en l'espèce. La version française de la définition nous aide à mieux saisir ces termes que ne le fait la version anglaise, qui prévoit ce qui suit :

(3) For the purposes of this Act, "counsel" includes procure, solicit or incite.

Comme l'indiquent clairement les termes employés, la participation réelle à l'infraction de la personne conseillée est un élément essentiel de l'infraction consistant à conseiller, prévue à l'art. 22. Selon le par. 21(1), un participant à une infraction est une personne :

- a) [Qui] la commet réellement;
- b) [Qui] accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
- c) [Qui] encourage quelqu'un à la commettre.

Ainsi, conseiller à quelqu'un de commettre une infraction, si l'infraction n'est pas commise, ne répond pas aux éléments essentiels de l'infraction prévue au par. 22(1). Dans ces circonstances, la

of s. 22(1) and s. 464 of the *Criminal Code*. Section 464 reads as follows:

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

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

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

The penalties where the offence counselled is an indictable offence are set out under s. 463 — where the counselled offence is punishable by life imprisonment, the maximum sentence is 14 years; in other cases, it is one-half of the longest term for which the person who is guilty of the completed offence is liable.

As we can see, the *Criminal Code* provisions do not spell out the required *mens rea*, nor do they provide much specificity on the nature and quality of expression that constitutes counselling or the circumstances in which counselling will be held to have occurred. As is the case with many other offences, these matters are left to judicial interpretation. To this end, I will begin by considering the rationale for criminalizing acts of counselling.

B. *Why Criminalize Acts of Counselling?*

The criminalization of counselling the commission of an offence creates a form of secondary liability. Where the counselled offence is committed, the act of counselling constitutes participation;

responsabilité criminelle repose plutôt sur une combinaison du par. 22(1) et de l'art. 464 du *Code criminel*. L'article 464 est ainsi rédigé :

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

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

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

Les sanctions applicables dans le cas où l'infraction conseillée consiste en un acte criminel sont énoncées à l'art. 463 — lorsque l'infraction conseillée est passible de l'emprisonnement à perpétuité, la peine maximale est de 14 ans; dans les autres cas, elle est égale à la moitié de la durée de l'emprisonnement maximal encouru par la personne coupable de cet acte.

Comme nous pouvons le voir, les dispositions du *Code criminel* n'énoncent pas clairement la *mens rea* requise et ne fournissent pas beaucoup de précisions quant à la nature et à la qualité de l'expression que constitue l'acte de conseiller ou quant aux circonstances dans lesquelles on pourra considérer qu'une infraction a été conseillée. Comme c'est le cas pour de nombreuses autres infractions, ces questions sont laissées à l'interprétation des juges. À cette fin, je commencerai par analyser ce qui justifie que l'on criminalise le fait de conseiller une infraction.

B. *Pourquoi criminaliser le fait de conseiller une infraction?*

La criminalisation de l'acte consistant à conseiller la perpétration d'une infraction crée une forme de responsabilité secondaire. Lorsque l'infraction conseillée est commise, l'acte consistant à

where the counselled offence is not committed, the crime is said to be inchoate. *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004) defines an inchoate crime as “[a] step toward the commission of another crime, the step in itself being serious enough to merit punishment.” The rationale for imposing criminal liability for participation and inchoate offences is the same as that for primary liability. As noted by my colleague Fish J., the Law Reform Commission of Canada, as it was then called, provided a useful summary of the rationale in its Working Paper 45, *Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences* (1985). I repeat it here for convenience:

Primary liability attaches to the commission of acts which are outlawed as being harmful, as infringing important human interests and as violating basic social values. Secondary liability attaches on the same ground to their attempted commission, to counselling their commission and to assisting their commission.

This is clear with participation. If the primary act (for example, killing) is harmful, then doing it becomes objectionable. But if doing it is objectionable, it is also objectionable to get another person to do it, or help him do it. For while killing is objectionable because it causes actual harm (namely, death), so too inducing and assisting killing are objectionable because of the potential harm: they increase the likelihood of death occurring.

The same arguments hold for inchoate crimes. Again, if the primary act (for example, killing), is harmful, society will want people not to do it. Equally, it will not want them even to try to do it, or to counsel or incite others to do it. For while the act itself causes actual harm, attempting to do it, or counselling, inciting or procuring someone else to do it, are sources of potential harm — they increase the likelihood of that particular harm's occurrence. Accordingly, society is justified in taking certain measures in respect of them: outlawing them with sanctions, and authorizing intervention to prevent the harm from materializing. [Emphasis added; pp. 5-6.]

The Working Paper goes on to note that the imposition of criminal liability, although easily justifiable from a risk-averse perspective, gives rise to

conseiller constitue une participation; lorsque l'infraction conseillée n'est pas commise, le crime est qualifié d'inchoatif. Le *Black's Law Dictionary* (8^e éd. 2004) définit ce crime comme [TRADUCTION] « [u]ne étape en vue de la commission d'un autre crime, l'étape elle-même étant suffisamment grave pour qu'une peine soit infligée. » Le fondement de l'imposition d'une responsabilité criminelle à l'égard des infractions de participation et des infractions inchoatives est le même que pour la responsabilité principale. Comme le fait remarquer mon collègue le juge Fish, la Commission de réforme du droit du Canada, comme on l'appelait alors, a offert un résumé fort utile de ce fondement dans son Document de travail 45, *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985). Je le reproduis ici par souci de commodité :

[L]a première découle de la commission de faits interdits parce qu'ils sont répréhensibles, qu'ils portent gravement atteinte aux droits d'autrui et qu'ils violent des valeurs fondamentales de la société; la seconde est imputée pour les mêmes motifs à ceux qui tentent de commettre ces infractions, ou encore qui incitent ou aident autrui à les commettre.

Prenons le cas de la complicité. Lorsque le fait principal (le meurtre, par exemple) est condamnable, il devrait également être répréhensible d'amener autrui à le commettre, ou de l'y aider. En effet, si le meurtre est répréhensible parce qu'il cause un préjudice réel (savoir, la mort d'une personne), est de même condamnable le fait d'inciter autrui au meurtre ou de l'aider à le commettre, puisque cela accroît les risques de mort.

Le même argument peut être appliqué aux infractions inchoatives. Ici encore, si le fait principal (par exemple le meurtre) est condamnable, la société souhaitera que personne ne le commette. Elle souhaitera également que personne ne tente de le commettre, ne conseille à autrui de le faire ou ne l'y incite. Car si le fait principal crée en soi un préjudice concret, la tentative, l'incitation, les conseils entraînent également un risque. Ils augmentent en effet la probabilité que le préjudice en question soit causé. Aussi la société est-elle fondée à prendre certaines mesures face à de telles actions : elle les interdit et impose des sanctions en cas de contravention, elle permet aux autorités d'intervenir afin d'empêcher la matérialisation du préjudice. [Je souligne; p. 5-6.]

Les auteurs du Document de travail signalent ensuite que l'imposition d'une responsabilité criminelle, quoique facilement justifiable d'un point de

problems concerning the justifiable limits of the criminal law:

We criminalize certain conduct to protect fundamental values, but at the cost of encroachment on other values. For instance, as some economists would put it, if an act causes harm, that is to the victim, then forbidding it also causes “harm,” namely to those who are no longer legally free to do it. The potential victim’s well-being is promoted at the expense of the liberty of others. In making criminal laws, therefore, society must seek a balance and beware of undue infringement [*sic*] on individual liberty through forbidding things which people should be free to do. [p. 6]

Of course, subject to minimal constitutional requirements, it is up to Parliament to draw the line between criminal and permissible behaviour. However, the language used to express Parliament’s intention is often imprecise and open to competing interpretations. In adding flesh to *Criminal Code* provisions it is important not to overreach the purpose of the criminal sanction at the expense of other important social values. This is particularly so in a case such as this one where the conduct in question consists of communications.

C. *The Actus Reus for Counselling an Offence Not Committed*

As stated earlier, only *mens rea* is at issue on this appeal. However, in order to properly determine the fault requirement for any offence, it is necessary to consider the *actus reus* of the offence so as to identify the circumstances and consequences to which the offence is directed. The *actus reus* under s. 464 consists of “counsel[ling] another person to commit an indictable offence” (or an offence punishable on summary conviction). Hence, there must be:

- (a) an act of counselling;
- (b) communicated to another person;
- (c) in respect of the commission of an offence.

vue qui écarte le risque, pose des problèmes quant à la délimitation du champ d’application justifiable du droit pénal :

Car lorsque, pour protéger des valeurs fondamentales, le législateur qualifie d’infractions certaines conduites, il porte forcément atteinte, du même coup, à d’autres valeurs. Pour parler comme certains économistes, par exemple, lorsqu’un acte cause un préjudice à la victime, le fait de l’interdire cause aussi un « préjudice » à ceux qui ne peuvent plus légitimement le commettre. On protège le bien-être des éventuelles victimes au prix d’une atteinte à la liberté des autres citoyens. Dans l’élaboration des textes répressifs, la société doit donc chercher à tenir la balance égale entre les deux côtés : elle doit éviter dans la mesure du possible d’empiéter sur les libertés individuelles en interdisant des actes que chacun devrait être autorisé à faire. [p. 6]

Évidemment, sous réserve de certaines exigences constitutionnelles minimales, il appartient au législateur de tracer la ligne de démarcation entre le comportement criminel et le comportement acceptable. Cependant, l’intention du législateur s’exprime souvent par des termes imprécis et susceptibles d’interprétations concurrentes. En étoffant les dispositions du *Code criminel*, il importe de ne pas outrepasser l’objet de la sanction pénale au détriment d’autres valeurs sociales importantes, en particulier lorsque, comme en l’espèce, la conduite en question consiste en des communications.

C. *L’actus reus nécessaire pour conseiller une infraction qui n’est pas commise*

Comme je l’ai déjà indiqué, seule la question de la *mens rea* est en litige dans le présent pourvoi. Cependant, pour bien établir l’exigence en matière de faute relativement à une infraction, il est nécessaire d’examiner l’*actus reus* de l’infraction de façon à cerner les circonstances et les conséquences de l’infraction. Aux termes de l’art. 464, l’*actus reus* consiste à « conseille[r] à une autre personne de commettre un acte criminel » (ou une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire). Il faut donc :

- a) un acte consistant en des conseils;
- b) communiqués à une autre personne;
- c) concernant la commission d’une infraction.

It is readily apparent from the language of the provision that the interpretation of the word “counsel”, in large part, will determine the scope of criminal liability.

68 In its ordinary sense, counselling means simply to advise. If given that meaning, the scope of targeted activity would potentially be very wide. The simple communication of information on “how to” commit an offence would suffice to make out the *actus reus* of the offence. The criminalization of all such communications could easily be justified on the basis that society seeks to protect itself against the potential harm occasioned by acts of counselling — the increased likelihood that the counselled offence be committed. After all, it is at least arguable that the communication of this kind of information may plant a seed in the recipient’s mind and increase the likelihood of the crime materializing. Should then all such communications be banned? More significantly, should they be subject to society’s severest sanction, the criminal law?

69 We must ask ourselves if the resulting encroachment on freedom of speech would exact too high a cost. If “counsel” meant simply to advise, a lawyer’s advice to a client on the law with respect to the various means of committing an offence could potentially be caught. Movies, video games, textbooks, and other literary works that describe or depict the commission of an offence may be subject to state scrutiny. I would think it obvious that such a prohibition on expression would be too wide. It is for this reason, as we shall see, that such an interpretation of the word “counsel” has been rejected in the criminal context.

70 The requisite *actus reus* of the offence of counselling was considered in *R. v. Dionne* (1987), 79 N.B.R. (2d) 297 (C.A.). Mr. Dionne was charged with counselling indictable offences that were not committed. He was alleged to have counselled an undercover officer to commit the offences of

Il est évident, au vu du libellé de la disposition, que l’interprétation des mots « conseil » et « conseiller » délimitera en bonne partie l’étendue de la responsabilité criminelle.

Dans son sens ordinaire, conseiller signifie simplement donner son avis. Si on l’interprète en ce sens, l’activité visée pourrait avoir une très large portée. La simple communication d’information concernant la « façon » de commettre une infraction suffirait à établir l’*actus reus* de l’infraction. La criminalisation de toutes ces communications pourrait facilement se justifier par le fait que la société cherche à se protéger contre le préjudice pouvant résulter des conseils — l’augmentation de la probabilité que l’infraction conseillée soit commise. Après tout, il est à tout le moins possible de prétendre que la communication d’informations de ce genre peut faire germer dans l’esprit de celui qui la reçoit l’idée de perpétrer l’infraction et augmenter la probabilité que le crime se matérialise. Est-ce à dire que toutes les communications de ce genre devraient alors être interdites? Qui plus est, devraient-elles être assujetties à la sanction la plus sévère que la société puisse appliquer, le droit criminel?

Nous devons nous demander si l’atteinte à la liberté d’expression qui en résulterait ne serait pas trop lourde de conséquences. Si « conseiller » signifiait simplement donner son avis, cette définition pourrait s’appliquer à l’avis que donne un avocat à un client au sujet des règles de droit relatives à différents moyens de commettre une infraction. Les films, les jeux vidéo, les manuels et les autres œuvres littéraires qui décrivent ou dépeignent la perpétration d’une infraction pourraient faire l’objet d’un examen par l’État. Il m’apparaît évident qu’une telle interdiction de l’expression serait trop large. C’est pour cette raison, comme nous le verrons, que cette interprétation des mots « conseil » et « conseiller » a été rejetée dans le contexte du droit criminel.

L’*actus reus* requis pour l’infraction consistant à conseiller une infraction a été examiné dans *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2^e) 297 (C.A.). M. Dionne était inculpé d’avoir conseillé des actes criminels qui n’ont pas été commis. On lui reprochait d’avoir conseillé à un agent d’infiltration de

threatening and assault causing bodily harm. The trial judge instructed the jury on the requisite elements of the offences as follows, at para. 20:

[TRANSLATION] Taking each count individually, the offence is complete if, first of all, the accused had the intention of having injury caused, or of having threats made by telephone, as the case may be, and secondly, if the accused conveyed his intention to someone else with a view to having that person cause the injuries, or make the threats by telephone.

On appeal, the New Brunswick Court of Appeal held that these instructions were erroneous. The *actus reus* of the offence of counselling could not be made out on the basis of a mere passive communication by an accused of his desire that an offence be committed — more was required. Ayles J.A. stated as follows, at para. 21:

[TRANSLATION] In my opinion, those instructions are incorrect since the offence of incitement implies actions which are more serious than those of conveying one's intention to have injuries inflicted upon someone, with a view to having those injuries inflicted. The actions or words must be capable of inducing a person to commit the intended offences, and passive communication of one's intention does not constitute an offence even if the object is to have injuries inflicted upon someone. [Emphasis added.]

This Court considered *Dionne* and expressly adopted this “stronger meaning of actively inducing” in *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 56. In order for the *actus reus* to be proven, the words communicated by the accused, viewed objectively, must be seen as *actively* inducing, procuring or encouraging the commission of an offence. This restricted interpretation of the meaning of counselling is not only consonant with the definition of “counsel” under s. 22(3), it ensures that the scope of the offence remains within the justifiable limits of the criminal law. It is this concern of potential overbreadth that informed this Court's adoption in *Sharpe* of a more restricted meaning of counselling.

The need to carefully circumscribe the scope of an offence prohibiting a form of communication

commettre les infractions de profération de menaces et de voies de fait causant des lésions corporelles. Le juge du procès a donné les directives suivantes au jury concernant les éléments essentiels de ces infractions (par. 20) :

Prenant chaque chef d'accusation individuellement le crime est accompli [*sic*] si premièrement l'accusé avait l'intention de faire faire des blessures ou des menaces par téléphone, selon le cas, et deuxièmement si l'accusé a communiqué son intention à quelqu'un d'autre dans le but de lui faire faire ces blessures ou ces menaces au téléphone.

En appel, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a conclu que ces directives étaient erronées. La preuve de l'*actus reus* de l'infraction de conseiller ne pouvait reposer sur une simple communication passive par un accusé de son désir qu'une infraction soit commise — la preuve exigeait davantage. Le juge Ayles a dit ce qui suit (par. 21) :

À mon avis, ces instructions sont erronées puisque l'infraction d'incitation implique des actes plus sérieux que ceux de communiquer son intention de faire faire des blessures à quelqu'un dans le but que ces blessures soient faites. Il faut que les actes ou les paroles soient de nature à induire une personne à commettre des infractions que l'on désire et une communication passive ne constitue pas une infraction même si le but est de faire faire les blessures. [Je souligne.]

Cette Cour a examiné l'arrêt *Dionne* et a expressément adopté ce « sens plus fort d'encourager activement » dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 56. Afin de prouver l'*actus reus*, les propos communiqués par l'accusé, pris objectivement, doivent avoir amené ou encouragé *activement* la perpétration d'une infraction. Cette interprétation restreinte du sens de « conseiller » ou de « conseil » est non seulement compatible avec la définition qu'en donne le par. 22(3), elle fait aussi en sorte de maintenir dans les limites justifiables du droit pénal la portée de l'infraction. C'est cette crainte d'une éventuelle portée excessive qui a contribué à l'adoption, par la Cour, d'un sens plus restreint de « conseiller » dans l'arrêt *Sharpe*.

La nécessité de circonscrire soigneusement la portée d'une disposition qui interdit une forme de

71

72

73

was discussed at length in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. In that case, the constitutional validity of s. 319(2), which prohibits communications that wilfully promote hatred against an identifiable group, was challenged on the basis that it unduly restricted the freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This Court, by majority decision, upheld the constitutional validity of the provision. It did so on the basis that s. 319(2) possessed sufficient definitional safeguards to ensure that it captured only the harm to which the prohibition is targeted and, as such, did not unduly restrict the s. 2(b) guarantee.

communication a été examinée en profondeur dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Dans ce pourvoi, la validité constitutionnelle du par. 319(2), lequel interdit les communications constituant une fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable, a été contestée au motif qu'il limitait indûment la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour, dans une décision majoritaire, a confirmé la constitutionnalité de la disposition. Elle est arrivée à cette conclusion, parce que le par. 319(2) comportait une définition restrictive qui assure qu'il touche uniquement le mal que vise l'interdiction et, pour cette raison, il ne restreignait pas indûment la garantie prévue à l'al. 2b).

74

Hence, as held in *Sharpe*, nothing short of *active* inducement or encouragement will suffice to make out the *actus reus* of the offence of counselling. In other words, when viewed objectively, the communication must be one that actively seeks to persuade the person counselled to commit the crime. In this way, the scope of targeted activity is not extended to the mere possibility of planting a seed in the recipient's mind; it is limited to those communications that are likely to cause that seed to sprout, creating a resolve to commit the crime. It is only then that the potential risk justifies the criminal prohibition. However, it is well established that it is not necessary that the person counselled be in fact persuaded: *R. v. Walia (No. 1)* (1975), 9 C.R. (3d) 293 (B.C.C.A.), at pp. 293-95; *R. v. Glubisz* (1979), 47 C.C.C. (2d) 232 (B.C.C.A.), at pp. 235 and 241-42; *R. v. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505 (Ont. C.A.), at pp. 508-9. The focus on a prosecution for counselling is on the counsellor's conduct and state of mind, not that of the person counselled.

Ainsi, comme a conclu notre Cour dans l'arrêt *Sharpe*, il ne faudra rien de moins qu'un encouragement *actif* pour établir l'*actus reus* de l'infraction de conseiller un acte criminel. Autrement dit, considérée objectivement, la communication doit chercher activement à convaincre la personne conseillée de commettre l'acte criminel. De cette façon, la portée des activités visées ne s'étend pas à la simple possibilité de faire germer une idée dans l'esprit de la personne conseillée; elle est limitée aux communications susceptibles de faire en sorte que l'idée prenne forme et aboutisse à une intention ferme de commettre l'acte criminel. C'est seulement à ce moment que le risque potentiel justifie l'interdiction criminelle. Cependant, il est bien établi qu'il n'est pas nécessaire que la personne conseillée soit vraiment convaincue : *R. c. Walia (No. 1)* (1975), 9 C.R. (3d) 293 (C.A.C.-B.), p. 293-295; *R. c. Glubisz* (1979), 47 C.C.C. (2d) 232 (C.A.C.-B.), p. 235 et 241-242; *R. c. Gonzague* (1983), 4 C.C.C. (3d) 505 (C.A. Ont.), p. 508-509. Dans une poursuite pour avoir conseillé à quelqu'un de commettre une infraction, l'accent est mis sur la conduite et sur l'état d'esprit de la personne qui conseille et non sur ceux de la personne conseillée.

D. *The Mens Rea for Counselling an Offence Not Committed*

D. *La mens rea nécessaire pour conseiller une infraction qui n'est pas commise*

75

No constitutional challenge is raised in this case. Nonetheless, the Court must be mindful of the potential overbreadth of a criminal sanction whose

Aucune contestation constitutionnelle n'est soulevée en l'espèce. Néanmoins, la Cour doit être consciente de la portée potentiellement excessive

sole target is speech. As reiterated in *Sharpe*, Parliament is presumed to have intended to enact legislation in conformity with the *Charter* (para. 33). This concern over the potential sweep of the provision does not end with the analysis of the requisite *actus reus* and the level of risk targeted by Parliament. The persons who could potentially fall within the reach of the criminal law must be considered. Because of the stigma attached to a criminal prosecution and to a conviction, it is important that the offence not catch the morally innocent.

The requisite *mens rea* is not expressly set out in s. 464. However, this is not unusual. The mental element of an offence is not always described in the enactment. Often it must be inferred from the nature of the prohibited activity and the harm it is meant to guard against. In this case, because of the nature of the offence, our earlier discussion on the requisite *actus reus* can largely inform the determination of the necessary *mens rea*. As we have seen, it is not sufficient that the communication simply raise the possibility of affecting its recipient; it must actively seek to persuade that person to commit the crime. It follows that the counsellor must, at the very least, *intend to persuade* the person counselled to commit the offence. In this respect, it is my view that mere recklessness as to the counselled person's reaction to the communication is insufficient. In other words, it is not enough that the counsellor, knowing that the communication is objectively capable of persuading a person to commit an offence, goes ahead and does the act anyway. If mere recklessness as to the communication's potential power of persuasion were to suffice, some may argue that the publication of Shakespeare's *Henry VI*, with its famous phrase "let's kill all the lawyers", should be subject to state scrutiny!

Hence, the counsellor must intend to persuade the person counselled to commit the offence. Simply intending the communication, as advocated by the

d'une sanction pénale dont le seul objet est l'expression. Ainsi qu'elle l'a réitéré dans *Sharpe*, il faut présumer que le législateur a voulu adopter des dispositions conformes à la *Charte* (par. 33). L'analyse de l'*actus reus* requis et du niveau de risque visé par le législateur ne met pas un terme à cette préoccupation quant à la portée éventuelle de la disposition. Il faut tenir compte des personnes auxquelles pourrait éventuellement s'appliquer le droit pénal. En raison des stigmates rattachés à une poursuite pénale et à une déclaration de culpabilité, il est important que l'infraction ne touche pas les personnes moralement innocentes.

La *mens rea* requise n'est pas indiquée expressément à l'art. 464. Cela n'a cependant rien d'habituel. L'élément moral d'une infraction n'est pas toujours décrit dans le texte législatif. Il faut souvent l'inférer de la nature de l'activité prohibée et du préjudice qu'elle cherche à prévenir. En l'espèce, en raison de la nature de l'infraction, notre précédente analyse sur l'*actus reus* requis peut grandement nous éclairer sur la *mens rea* nécessaire. Comme nous l'avons vu, il ne suffit pas que la communication puisse simplement produire un effet sur la personne qui la reçoit; elle doit chercher activement à convaincre cette personne de commettre l'acte criminel. Il s'ensuit que la personne qui conseille doit à tout le moins *avoir l'intention de convaincre* la personne conseillée de commettre l'infraction. À ce propos, j'estime qu'une simple insouciance quant à la réaction de la personne conseillée à l'égard de la communication n'est pas suffisante. Autrement dit, il ne suffit pas que la personne qui conseille, sachant que la communication est objectivement de nature à convaincre une personne de commettre une infraction, aille de l'avant et accomplisse malgré tout cet acte. Si une simple insouciance devant l'éventuel pouvoir de persuasion de la communication devait suffire, d'aucuns pourraient prétendre que la publication de *Henry VI* de Shakespeare, avec sa célèbre phrase [TRADUCTION] « [c]ommençons par tuer tous les gens de loi », devrait faire l'objet d'un examen par l'État!

Ainsi, la personne qui conseille doit avoir l'intention de persuader la personne conseillée de commettre l'infraction. Il ne suffit pas de simplement

Crown at trial, is not sufficient. An additional question has been posed, mostly in academic writings: must the counsellor also intend that the offence be committed? This is often referred to as a “dual *mens rea*” requirement. In my view, in all but the most unusual circumstances, it is not necessary to adopt a distinct “two-step” approach to determine whether the accused possesses the necessary *mens rea*. It is logical to infer that the counsellor who intends to persuade the person counselled to commit an offence intends that the offence be committed. However, unusual circumstances did arise in *R. v. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), and it became necessary for the court to examine whether the counsellor must also intend the commission of the counselled offence. The question was fully canvassed by Moldaver J.A. who concluded that such an intent was required. I agree with his analysis.

vouloir transmettre la communication, comme l’a préconisé le ministère public au procès. Une autre question a été soulevée, surtout dans les ouvrages de doctrine : la personne qui conseille doit-elle aussi vouloir que l’infraction soit commise? Cette exigence a souvent été désignée sous le nom de « double *mens rea* ». À mon avis, sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, il n’est pas nécessaire d’adopter une démarche distincte en « deux étapes » pour déterminer si l’accusé a la *mens rea* requise. Il est logique d’inférer que le conseiller qui entend persuader la personne conseillée de commettre une infraction veut que l’infraction soit commise. Cependant, des circonstances exceptionnelles sont effectivement survenues dans *R. c. Janeteas* (2003), 172 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), forçant la cour à se demander si la personne qui conseille doit également vouloir que l’infraction conseillée soit commise. Le juge Moldaver a examiné la question de façon exhaustive et a conclu à la nécessité d’une telle intention. Je souscris à son analyse.

78

The peculiar facts of *Janeteas* are as follows. Mr. Janeteas came to befriend J.B. and her mother B.G., subsequently learning of J.B.’s marital difficulties with her husband Dr. M.B. According to Mr. Janeteas, he began to fear for Dr. M.B.’s safety as a result of conversations with J.B. and B.G. in which they made it known that they wanted to have Dr. M.B. harmed or even killed. He felt that Dr. M.B. should be warned, and in an attempt to obtain hard evidence, tape-recorded a conversation with J.B. and B.G. in which he actively encouraged them to have Dr. M.B. harmed or killed and expressed his willingness to make the necessary arrangements. He then met with Dr. M.B., and over the next few months was able to obtain \$35,000 from him. Moldaver J.A. found that Mr. Janeteas did not possess the requisite *mens rea*, stating, at para. 43:

Les faits particuliers de l’affaire *Janeteas* sont les suivants. Après s’être lié d’amitié avec J.B. et sa mère B.G., M. Janeteas a appris que J.B. avait des problèmes conjugaux avec son mari, le D^r M.B. M. Janeteas a affirmé avoir commencé à craindre pour la sécurité du D^r M.B. en raison de certaines conversations qu’il avait eues avec J.B. et B.G. au cours desquelles ces dernières lui avaient fait savoir qu’elles voulaient que le D^r M.B. soit blessé ou même tué. Il a estimé que le D^r M.B. devait être averti et, voulant obtenir une preuve tangible, il a enregistré une conversation dans laquelle il a activement encouragé J.B. et B.G. à prendre des dispositions pour que le D^r M.B. soit blessé ou tué et leur a dit qu’il était disposé à s’en occuper. Il a ensuite rencontré le D^r M.B. et, au cours des quelques mois suivants, il a réussi à lui soutirer 35 000 \$. Le juge Moldaver a conclu que Janeteas n’avait pas la *mens rea* requise. Il a dit ce qui suit (par. 43) :

The present case is one of those rare instances where, despite the appellant’s intention that his words be taken seriously, the Crown does not maintain that he intended the commission of the crimes counselled. While the appellant’s actions were reprehensible, I am not convinced

[TRADUCTION] La présente affaire est l’un de ces rares cas où, malgré le fait que l’appelant voulait que ses propos soient pris au sérieux, le ministère public ne soutient pas qu’il voulait que les actes criminels conseillés soient commis. Bien que les actes de l’appelant aient été

that the reach of the criminal law should be extended, at the expense of established principle, to ensnare the likes of the appellant.

The Crown's position before this Court is consonant with this "dual" *mens rea* requirement. The Crown is no longer contending, as it did at trial, that an accused's intention in respect of the commission of the counselled offence is irrelevant. The Crown, however, submits that recklessness as to whether the person counselled will commit the offence suffices. Hence, on that approach, the counsellor's knowledge, without more, of the communication's objective potential to persuade would meet the standard. For the same reasons expressed in respect of the *actus reus*, it is my view that this interpretation, which would result in criminal liability even when the counsellor does not intend to see that act committed, but is simply reckless as to the reaction of the person counselled, would unduly widen the scope of criminality. As aptly noted by the intervenor Canadian Civil Liberties Association, the interpretation advocated by the Crown would risk criminalizing legitimate forms of protest, advocacy or dissent and, arguably, even the reproduction and distribution, for historical or teaching purposes, of classic texts. The value placed on freedom of expression militates in favour of a more restricted interpretation.

Although the offence in question was a different one, the reasoning of the Court in *Keegstra* on the requisite mental element is nonetheless instructive, because much the same concerns about the potential breadth of the prohibition against acts of communication informed the analysis of the Court on the question of *mens rea*. The Court adopted a stringent standard, noting that the limitation on the *mens rea* required to convict for "wilfully promoting hatred" was a key factor in minimizing the impairment of freedom of expression caused by that provision. Dickson C.J. noted that the requirement that the speaker subjectively intend that his speech promote hatred "significantly restricts the reach of

répréhensibles, je ne suis pas convaincu que la portée du droit criminel doive être étendue, au détriment de principes établis, de façon à prendre au piège des gens comme l'appelant.

La position du ministère public devant la Cour est compatible avec cette exigence de la « double » *mens rea*. Le ministère public ne prétend plus, comme il l'a fait au procès, que l'intention de l'accusé au regard de la perpétration de l'infraction conseillée n'est pas pertinente. Le ministère public soutient cependant que l'insouciance devant l'éventualité de la perpétration de l'infraction par la personne conseillée est suffisante. Par conséquent, suivant cette approche, la connaissance par la personne qui conseille, sans plus, du pouvoir de persuasion de la communication, pris objectivement, satisferait à la norme. Pour les mêmes raisons que celles exprimées à l'égard de l'*actus reus*, j'estime que cette interprétation, qui entraînerait une responsabilité criminelle même lorsque la personne qui conseille ne souhaite pas que l'acte soit commis mais qu'elle ne se soucie simplement pas de la réaction de la personne conseillée, élargirait indûment la portée du droit pénal. Comme l'a judicieusement fait remarquer l'intervenante, l'Association canadienne des libertés civiles, l'interprétation préconisée par le ministère public risquerait de criminaliser certaines formes légitimes de protestation, de revendication ou de dissidence, et sans doute même la reproduction et la distribution, à des fins historiques ou pédagogiques, de textes classiques. La valeur accordée à la liberté d'expression milite en faveur d'une interprétation plus restreinte.

Bien que l'infraction en cause ait été différente, le raisonnement tenu par la Cour dans *Keegstra* au sujet de l'élément moral requis est néanmoins instructif, puisque ce sont essentiellement les mêmes préoccupations, quant à l'éventuelle portée de l'interdiction relative à certains actes de communication, qui ont guidé son analyse sur la question de la *mens rea*. La Cour a adopté une norme rigoureuse, signalant que la restriction imposée à l'égard de la *mens rea* requise pour justifier qu'un accusé soit reconnu coupable de « fomenter volontairement la haine » jouait un rôle clé dans la minimisation de l'atteinte portée à la liberté d'expression par cette disposition. Le juge en chef Dickson a fait

79

80

the provision, and thereby reduces the scope of the targeted expression” (p. 775). This was seen to be “an invaluable means of limiting the incursion of s. 319(2) into the realm of acceptable (though perhaps offensive and controversial) expression” (p. 775). Of course, the word “wilfully” is not found in s. 464 as it was in s. 319(2). However, the restricted meaning of the word “counsel”, as an *active* inducing, procuring or encouraging the commission of an offence, connotes the same requirement that there be a subjective intent to persuade the person counselled to *commit the offence*. This requirement, from a logical standpoint, can only be met if the counsellor intends that the offence be committed. Recklessness alone cannot suffice. Since the *mens rea* is largely inferred from the *actus reus* itself, the application of the lesser standard of recklessness, in my view, would result in widening the scope of prohibited activity beyond that accepted by this Court in *Sharpe*.

remarquer que l’exigence voulant que celui qui s’exprime souhaite subjectivement que son discours fomenté la haine « restreint considérablement la portée de la disposition et réduit par le fait même celle de l’expression visée » (p. 775). Cette exigence a été considérée comme « un moyen inestimable de limiter toute incursion par le par. 319(2) dans le domaine de l’expression acceptable (quoique, peut-être, offensante et controversée) » (p. 775). Bien sûr, le mot « volontairement » ne figure pas à l’art. 464, comme c’était le cas au par. 319(2). Cependant, le sens restreint du mot « conseiller », qui s’entend d’amener ou d’encourager *activement* la perpétration d’une infraction, connote la même exigence quant à l’existence d’une intention subjective de convaincre la personne conseillée de *commettre l’infraction*. Cette exigence ne peut logiquement être satisfaite que si la personne qui conseille veut que l’infraction soit commise. L’insouciance seule ne saurait suffire. Puisque la *mens rea* se déduit essentiellement de l’*actus reus* lui-même, j’estime que l’application de la norme moins rigoureuse de l’insouciance reviendrait à étendre la portée des activités prohibées au-delà de ce que notre Cour a accepté dans *Sharpe*.

81 There is no question that the Crown is correct in saying that the Internet poses particular risks because of the ease with which mass communications may be disseminated worldwide. The particular nature of communications through cyberspace may well provide justification to limit the diffusion of the most dangerous expression on a lesser standard, even on objective grounds alone. However, it is my view that the remedy does not lie in an expansive interpretation of the offence of counselling. The offence of counselling, applying as it does to all crimes, is too blunt an instrument to address this situation without imperiling a range of harmless and/or valuable expression.

Il ne fait aucun doute que le ministère public a raison de dire que l’Internet présente des risques particuliers à cause de la facilité avec laquelle les messages diffusés grâce aux moyens de communication de masse peuvent se transmettre à travers le monde. La nature particulière des messages empruntant la voie du cyberespace peut fort bien justifier que l’on restreigne la diffusion de l’expression la plus dangereuse en fonction d’une norme moins élevée, même en fonction de simples motifs objectifs. J’estime toutefois que la solution ne réside pas dans une interprétation large de l’infraction de conseiller la perpétration d’un crime. Cette infraction, qui s’applique à tous les actes criminels, est un instrument trop rudimentaire pour redresser cette situation sans compromettre une gamme d’expressions inoffensives ou valables.

82 For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the more demanding standard of subjective *mens rea* should apply: the counsellor must intend that the counselled offence be committed for

Pour ces motifs, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que la norme plus rigoureuse de la *mens rea* subjective devrait s’appliquer : la personne qui conseille doit vouloir que

the offence to be made out. As noted by the Ontario Court of Appeal in *Janeteas* and the Alberta Court of Appeal in this case, this approach has the support of many in the legal community. For Canadian writings, see: D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at pp. 227 and 703; K. Roach, *Criminal Law* (3rd ed. 2004), at pp. 125-26; E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at p. 377. For American academic support, see: W. R. LaFave, *Substantive Criminal Law* (2nd ed. 2003), vol. 2, at pp. 194-95; J. Dressler, *Understanding Criminal Law* (3rd ed. 2001), at pp. 415-16. For British support, see: A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (4th ed. 2003), at p. 466; G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 442; *Smith & Hogan Criminal Law* (9th ed. 1999), at p. 271.

E. *Application to This Case*

As noted earlier, the trial judge concluded that the *actus reus* of the offence had been proven in respect of each of the four counts. While this conclusion in respect of the fraud count appears well founded, it is difficult to find support on the record in respect of the three remaining counts. As discussed earlier, a simple “how to” recipe for committing a crime, without more, does not appear to meet the test adopted in *Sharpe*. However, no issue was raised with respect to the trial judge’s conclusion on the *actus reus* and it is not necessary to decide the matter to dispose of this appeal.

The trial judge concluded that Mr. Hamilton did not have the necessary *mens rea* on any standard. The Court of Appeal saw no reason to interfere with her conclusion. Nor do I. My colleague Fish J. is of the view that the trial judge erred by confounding “motive” and “intent”. He rests this conclusion on the trial judge’s finding that Mr. Hamilton’s motivation was monetary. With respect, I disagree. The trial judge’s consideration of Mr. Hamilton’s motivation must be examined in the context of the

l’infraction conseillée soit commise pour que l’infraction soit établie. Comme l’ont signalé la Cour d’appel de l’Ontario dans *Janeteas* et la Cour d’appel de l’Alberta en l’espèce, cette approche trouve appui auprès de nombreux membres de la communauté juridique. Pour des ouvrages canadiens, voir : D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4^e éd. 2001), p. 227 et 703; K. Roach, *Criminal Law* (3^e éd. 2004), p. 125-126; E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2^e éd. 1991), p. 377. Pour un appui auprès des auteurs américains, voir : W. R. LaFave, *Substantive Criminal Law* (2^e éd. 2003), vol. 2, p. 194-195; J. Dressler, *Understanding Criminal Law* (3^e éd. 2001), p. 415-416. Pour un appui britannique, voir : A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (4^e éd. 2003), p. 466; G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), p. 442; *Smith & Hogan Criminal Law* (9^e éd. 1999), p. 271.

E. *Application à la présente affaire*

Comme je l’ai fait remarquer précédemment, la juge du procès a conclu que l’*actus reus* de l’infraction avait été prouvé à l’égard de chacun des quatre chefs d’accusation. Bien que cette conclusion semble bien fondée en ce qui concerne l’accusation de fraude, il est difficile de trouver au dossier une justification pour les trois autres chefs d’accusation. Comme nous l’avons vu, un simple « guide pratique » sur la façon de commettre un acte criminel, sans plus, ne semble pas satisfaire au critère retenu dans l’arrêt *Sharpe*. Toutefois, aucune question n’a été soulevée quant à la conclusion de la juge du procès relativement à l’*actus reus* et il n’est pas nécessaire de trancher la question pour statuer sur le présent pourvoi.

La juge du procès a conclu que M. Hamilton n’avait pas la *mens rea* nécessaire, quelle que soit la norme appliquée. La Cour d’appel n’a vu aucune raison de modifier sa conclusion. Moi non plus. Mon collègue le juge Fish est d’opinion que la juge du procès a commis une erreur en confondant « mobile » et « intention ». Il fonde cette conclusion sur le fait que la juge du procès a conclu que les mobiles de M. Hamilton étaient d’ordre pécuniaire. En toute déférence, je ne suis pas d’accord.

evidence before her, and her reasons must be read as a whole.

85

Mr. Hamilton testified that he had not intended to induce the commission of any criminal offence. He had not written any of the files; he had himself purchased them off the Internet and did not even know what much of the information was about. The files consisted of roughly 2,000 pages of text, only 13 of which related to the charges before the court. In particular, he had not read any of the files about bombs or break and enters. The teaser made no reference to these files. As for the material on the credit card generator, he thought readers would simply be interested, as he had been, in discovering how easy it was to generate valid credit card numbers. He did not think anyone could use the credit card numbers without a valid name, expiry date or security number. Notably, at the relevant time Mr. Hamilton had never owned a credit card. The trial judge, as she was entitled to do, accepted Mr. Hamilton's testimony. She concluded as follows, at paras. 53-54:

On all the evidence I find that Mr. Hamilton ought to have known he was counselling fraud. The teaser and his subjective knowledge that the use of false credit card numbers is illegal make this conclusion irresistible. However, I have a doubt that Mr. Hamilton had subjective intent to counsel fraud. His motivation was monetary, and he sought to pique the curiosity of readers who might acquire the information in the same way that he was initially attracted to the information. Further, he struck me as utterly unsophisticated and naïve to the point that he cannot be said to have been wilfully blind or reckless.

I also find that Mr. Hamilton did not intend the fraud be carried out nor was he wilfully blind or reckless as to the risk of deprivation which would result (to use the *Theroux* test). In my view the evidence points to a conclusion that Mr. Hamilton was inviting others to do as he had done: to satisfy their curiosity by seeing how

L'analyse de la juge du procès concernant les mobiles de M. Hamilton doit être examinée au regard de la preuve dont elle disposait, et les motifs exposés par la juge doivent être considérés dans leur ensemble.

M. Hamilton a témoigné qu'il n'avait pas l'intention d'inciter à la perpétration d'une infraction criminelle. Il n'avait rédigé aucun des fichiers; il les avait lui-même achetés à partir d'un site Internet et ne savait même pas sur quoi portaient une bonne partie des fichiers. Ces fichiers comprenaient environ 2 000 pages de texte dont seulement 13 étaient liées aux accusations devant la cour. En particulier, il n'avait lu aucun des fichiers traitant des bombes ni ceux concernant les introductions par effraction. L'annonce-mystère ne faisait pas mention de ces fichiers. Quant au matériel portant sur le générateur de cartes de crédit, il croyait que les lecteurs seraient simplement intéressés, tout comme lui, à découvrir à quel point il était facile de générer des numéros de cartes de crédit valides. Il ne pensait pas que quelqu'un pourrait utiliser les numéros de carte de crédit sans disposer d'un nom, d'une date d'expiration et d'un numéro de sécurité valides. Fait à remarquer, à l'époque en cause, M. Hamilton n'avait jamais possédé une carte de crédit. La juge du procès, comme elle en avait le droit, a accepté le témoignage de M. Hamilton. Elle a conclu de la façon suivante (par. 53-54) :

[TRADUCTION] Compte tenu de l'ensemble de la preuve, j'estime que M. Hamilton aurait dû savoir qu'il conseillait la perpétration d'une fraude. L'annonce-mystère et sa connaissance subjective du fait que l'utilisation de faux numéros de carte de crédit est illégale rendent cette conclusion inéluctable. Cependant, je doute que M. Hamilton ait eu l'intention subjective de conseiller la perpétration d'une fraude. Ses mobiles étaient d'ordre pécuniaire, et il a tenté de piquer la curiosité des lecteurs susceptibles d'acquérir les renseignements de la même façon qu'il avait lui-même été attiré à l'origine par les renseignements. En outre, il m'a paru dénué de toute subtilité et naïf au point où l'on ne saurait dire qu'il a fait preuve d'aveuglement volontaire ou d'insouciance.

J'estime aussi que M. Hamilton ne voulait pas que la fraude soit commise et n'a pas non plus fait preuve d'aveuglement volontaire ou d'insouciance devant le risque de la privation qui en résulterait (pour employer le critère établi dans *Theroux*). Selon moi, la preuve amène à conclure que M. Hamilton invitait d'autres

easy it is to generate the numbers and to expect that they cannot use them without the expiry date. In other words, he did not specifically intend that the fraud would be carried out. Nor, in all of the circumstances, ought he to have known that the fraud would be carried out. It follows that there could not be a conclusion that he was wilfully blind or reckless as to the consequences of the fraud. Rather, Mr. Hamilton was trying to make money by selling information on the Internet. In my view, on all of the evidence, it cannot be found he counselled fraud.

The trial judge was entitled to consider motive. It is a piece of circumstantial evidence that may assist in determining an accused's state of mind. In reading her reasons as a whole, I see no reason to interfere with the conclusion reached by the Court of Appeal on this issue, at para. 44:

The trial judge did not err as alleged by the Crown. As she was entitled to do, the trial judge considered motive as part of her fact findings. But her decision was based on other facts relating to the respondent's knowledge. She found, for example, that the respondent had not read most of the "Top Secret" files. She also found that he was not interested in their contents and that he was, overall, "naive, lazy or ignorant". Dealing with the credit card number generator, the trial judge accepted the respondent's testimony that he did not think any generated numbers could be used because they lacked an expiry date. On the basis of these facts, she found the respondent lacked sufficient knowledge of the consequences of his actions to satisfy the *mens rea* requirement. It is clear that she understood the nature of the test she was bound to apply and did not err in law.

IV. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed in part, MAJOR, ABELLA and CHARRON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Edmonton.

personnes à faire ce qu'il avait fait : à satisfaire leur curiosité en constatant à quel point il est facile de générer des numéros et à croire qu'elles ne pouvaient les utiliser sans disposer de la date d'expiration. Autrement dit, il ne voulait pas expressément que la fraude soit commise. Pas plus qu'il aurait dû savoir, compte tenu de l'ensemble des circonstances, que la fraude serait commise. Il s'ensuit que je ne saurais conclure qu'il a fait preuve d'aveuglement volontaire ou d'insouciance quant aux conséquences de la fraude. M. Hamilton essayait plutôt de faire de l'argent en vendant de l'information sur Internet. À mon avis, au vu de l'ensemble de la preuve, l'on ne saurait conclure qu'il a conseillé de commettre une fraude.

La juge du procès était fondée à tenir compte des mobiles. Il s'agit d'un élément de preuve circonstancielle qui peut servir à déterminer l'état d'esprit de l'accusé. À la lecture de l'ensemble des motifs de la juge du procès, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel à cet égard (par. 44) :

[TRADUCTION] La juge du procès n'a pas commis d'erreur, comme l'a prétendu le ministère public. Comme elle était en droit de le faire, la juge du procès a tenu compte des mobiles dans le cadre de ses conclusions de fait. Mais sa décision est fondée sur d'autres faits touchant à la connaissance de l'intimé. Elle a conclu par exemple que l'intimé n'avait pas lu la plupart des fichiers « ultra-secrets ». Elle a aussi conclu qu'il n'était pas intéressé par leur contenu et qu'il était, avant tout, « naïf, paresseux ou ignorant ». Au sujet du générateur de numéros de carte de crédit, la juge du procès a accepté le témoignage de l'intimé selon lequel il ne croyait pas que les numéros générés pouvaient être utilisés en l'absence d'une date d'expiration. En se fondant sur ces faits, elle a conclu que l'intimé n'avait pas une connaissance suffisante des conséquences de ses actes pour satisfaire à l'exigence de la *mens rea*. Il est évident qu'elle comprenait la nature du critère qu'elle était tenue d'appliquer et qu'elle n'a pas commis d'erreur de droit.

IV. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli en partie, les juges MAJOR, ABELLA et CHARRON sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Pringle & Associates, Edmonton.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Pringle & Associates, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le Procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.