

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

18-09-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

K.D.S.A.

K.D.S.A.

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. K.D.S.A., 2010 NBCA 24

R. c. K.D.S.A., 2010 NBCA 24

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

CORAM :

L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg
L'honorable juge Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
January 26, 2009

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 26 janvier 2009

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
[2009] N.B.J. No. 14 (QL)

Décision frappée d'appel :
[2009] A.N.-B. n° 14 (QL)

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appeal heard:
January 19, 2010

Appel entendu :
Le 19 janvier 2010

Judgment rendered:
April 15, 2010

Jugement rendu :
Le 15 avril 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:
Cameron H. Gunn

For the respondent:
Sylvain Pelletier

THE COURT

The appeal is allowed and a new trial is ordered.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Cameron H. Gunn

Pour l'intimé :
Sylvain Pelletier

LA COUR

Accueille l'appel et ordonne la tenue d'un nouveau procès.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] The respondent was charged with one count of possession of an explosive substance (s. 82(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46), and one count of uttering threats (ss. 264.1(1)(a) and 264.1(2)(a) of the *Criminal Code*). The respondent pled guilty to uttering threats, and on January 26, 2009, a Provincial Court judge found him not guilty on the count of possessing an explosive substance.

II. Background

[2] The respondent was charged with “possession of an explosive substance to wit: an improvised explosive device”. The evidence at trial revealed that the respondent was a grade nine student during the 2007-2008 academic year. On January 17, 2008, the respondent met with his guidance counselor in the school’s guidance office. During this meeting, he showed the guidance counselor a number of instructional YouTube videos on the subject of constructing a sparkler bomb. During a second meeting on Friday, January 18, 2008, the respondent showed the guidance counselor a device he had constructed. The guidance counselor confiscated the device, which he described in his testimony as being “like hockey tape wrapped around this little — this little cylinder with a fuse sticking out of it”.

[3] On Monday, January 21, 2008, the guidance counselor informed school administrators about the device. They, in turn, contacted the Woodstock Police Force. A police officer attended at the school to retrieve the device. At trial, the police officer used the terms “improvised explosive device” and “homemade bomb” to describe the device, which was constructed using a glass spice bottle covered in gun tape (“green heavy duty duct tape”) with a “single sparkler as a fuse [protruding] from the top”. According to the

police officer's testimony at trial, the respondent, at the time of his arrest, told the police officer the device "won't explode unless I light it", and that the only dangerous "stuff" in the device was "the blue stuff from the Dollar store you throw on a fire".

[4] A detective from the Fredericton Police Force's Explosive Disposal Unit also attended at the school, removed the device and disarmed it at a remote location. At trial, the detective described the device as "four and a half inches in length [with a diameter] consistent with a spice bottle. [...] On the top there was a sparkler sticking out approximately about an inch through the top of the — the bottle". The detective estimated its mass to be consistent with that of a full spice bottle. Samples of debris from the disrupted device were forwarded for chemical analysis to Trace Evidence Services at the Royal Canadian Mounted Police's National Forensic Services laboratory in Ottawa.

[5] The samples were analyzed and an expert in the examination, analysis and identification of explosives testified at the trial. She stated that she had analyzed the samples and found they contained nitrocellulose, polyvinylchloride, copper, iron, barium, ammonium, sodium, potassium, chloride, calcium, nitrate, sulfate, and aluminum ions. The expert opined that of those listed above, the following chemicals commonly appear in pyrotechnic compositions: barium, nitrate, potassium, aluminum, and copper. She explained pyrotechnic mixtures are explosive substances that are designed to burn, and that the barium nitrate and aluminum were consistent with the use of sparklers. She went on to explain that pyrotechnic compositions require an oxidizer and a fuel to work. She explained that the barium nitrate would act as the oxidizer, while the aluminum and polyvinylchloride would act as the fuel. She stated "if these compounds were confined, they could explode". The expert declined to speak to the magnitude of such an explosion, as she lacked the qualifications to do so.

[6] Also during the trial, an R.C.M.P. officer was qualified as an expert in the field of identification and construction of improvised explosive devices and how such devices work. He explained that an "improvised explosive device" requires three elements to function: a power source, an initiator, and either explosive or incendiary

filler. He stated that, while high explosives such as dynamite detonate, low explosives containing pyrotechnic fillers such as firecrackers, gun powder, or sparklers deflagrate. He explained that low explosives burn at a very fast rate and the resulting gases and heat that build up within the device cause an explosion if the heat is properly contained.

[7] Based on the Crown's evidence as to the device's physical description and chemical composition, the R.C.M.P. expert built two reproductions of the device in question, and conducted three trials to determine if the reproductions would explode. The first device contained only flame colourant, while the second contained only sparklers. In both cases, the expert replaced the sparkler fuse with a Thermalite igniter for officer safety. The devices did not ignite. The expert did not believe that the Thermalite igniter was capable of igniting the sparklers. He therefore modified the device by inserting a sparkler, consistent with images of the original device prior to its disruption. He added a larger sparkler and a Thermalite igniter for officer safety. The device ignited, causing a very large fire. The expert testified that the device deflagrated but failed to explode. He testified the device, as constructed, was more of an incendiary device than an explosive device, but suggested that: "[T]o function effectively this would require a more robust cylinder, something metal, but if — the way that this particular product burned, there is no doubt in my mind that an explosion would have occurred". The expert went on to give his opinion that the modified device he had built was an "improvised explosive device" although it did not explode. He stated "It doesn't change the — my opinion — of the fact that the device I built was an improvised explosive device. Explosive certainly does not have to mean explosive. It can also mean incendiary".

III. Provincial Court Judge's Decision

[8] The trial judge rendered a written decision in the matter on January 26, 2009. He found:

- a. The term "explosive substance" is defined in s. 2 of the *Criminal Code* (decision at para. 7);

- b. The term “improvised explosive device” is not so defined (para. 8); and
- c. Since the [Attorney General] had so particularized the Information, it was incumbent upon the [Attorney General] to prove that the device was in fact an improvised explosive device (para. 9).

[9]

He further goes on to state in his decision:

The term improvised explosive device conjures up images of homemade land mines or bombs that are used to injure or kill our troops in Afghanistan. It is a term of common usage in the press these days but not one of precise definition. One definition of the term was an explosive device that is improvised while explosive device was defined as a device that bursts with sudden violence from internal energy. In Webster’s New Collegiate Dictionary “explosive” is defined as “1. Relating to, characterized by, or operated by explosion 2. tending to explode.”

The common thread, however, of all the above is that there must be an explosion. In this case the experts could not get their replicated device to explode. It would consume itself in fire but not explode. Therefore in my view the Crown has not satisfied me that the device possessed by the young person was an improvised explosive device. [paras. 11-12]

[Emphasis added.]

The trial judge therefore acquitted the respondent.

IV. Ground of Appeal

[10]

The sole ground of appeal is that the trial judge erred in law by adopting and applying a legal test for the term “explosive substance” which is inconsistent with its definition provided in s. 2 of the *Criminal Code*.

V. Standard of Review

[11] In determining the outcome of an appeal, the court must first determine the applicable standard of review. This case involves an appeal that arises from the acquittal of the accused. Deschênes J.A. discusses the applicable standard of appellate review in such circumstances in *R. v. Doiron* (2005), 67 W.C.B. (2d) 789, [2005] N.B.J. No. 513 (QL), 2005 NBCA 109 :

The Crown, in an appeal such as this, must not only convince us that there was an error in law, it must, in addition, convince us that had the error of law not been made, the trial judge's decision would not necessarily have been the same. (*Vézéau v. R.*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Sutton*, [2000] 2 S.C.R. 595, at para. 2; *R. v. Pavlovszky (G.)* (2005), 281 N.B.R. (2d) 42 (C.A.). In *Pavlovszky*, this Court stated at para. 29:

For reasons fully explored above, the trial judge made several errors of law and did not apply the correct legal test in excluding Mr. Pavlovszky's statements in the police cruiser. But not every error of law is fatal in the sense of requiring a new trial. As held by the Supreme Court of Canada in *R. v. Vézéau*, [1977] 2 S.C.R. 277; 8 N.R. 235, it is the duty of the Crown to satisfy the appeal court that the verdict would not necessarily have been the same if the error in law had not occurred at trial. Acquittals are not to be lightly overturned. The onus is a heavy one which the Crown must satisfy with a reasonable degree of certainty: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; 88 N.R. 161; 30 O.A.C. 81, at 374 [S.C.R.]. [para. 22]

[12] In 2006, the Supreme Court also discussed the applicable standard in *R. v. Graveline*, [2006] 1 S.C.R. 609, [2006] S.C.J. No. 16 (QL), 2006 SCC 16:

In many jurisdictions, as Cory J. observed in *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629, at p. 645, the state has no right of appeal against the acquittal of an accused at trial. That is not so in Canada. Section 676(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that the Attorney General may appeal to the Court of Appeal "against a judgment or

verdict of acquittal ... on any ground of appeal that involves a question of law alone".

It has been long established, however, that an appeal by the Attorney General cannot succeed on an abstract or purely hypothetical possibility that the accused would have been convicted but for the error of law. Something more must be shown. It is the duty of the Crown in order to obtain a new trial to satisfy the appellate court that the error (or errors) of the trial judge might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal. The Attorney General is not required, however, to persuade us that the verdict would necessarily have been different.

This burden on the Crown, unchanged for more than half a century (see *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658), was explained this way by Sopinka J., for the majority, in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345:

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do. [p. 374]

Speaking more recently for a unanimous court in *R. v. Sutton*, [2000] 2 S.C.R. 595, 2000 SCC 50, the Chief Justice stated:

The parties agree that acquittals are not lightly overturned. The test as set out in *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, requires the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same had the errors not occurred. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, this Court emphasized that "the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty" (p. 374). [para. 2]

[paras. 13-16]

[13] Thus, in order to obtain a new trial, the appellant must convince the Court both that an error of law occurred in the first instance and, the trial judge's decision would not necessarily have been the same, but for the error. With respect, I am of the view that the appellant has met this burden.

VI. Analysis

A. *The Appellant's Position*

[14] It is the appellant's position that the trial judge erred in law in acquitting the respondent of a violation of s. 82(1) of the *Criminal Code* as he utilized a definition of the term "explosive substance" that is inconsistent with its definition provided by s. 2 of the *Criminal Code*.

[15] Section 2 of the *Criminal Code* defines an explosive substance as follows:

"explosive substance" includes	« substance explosive » S'entend notamment :
(a) anything intended to be used to make an explosive substance,	a) de toute chose destinée à être employée dans la fabrication d'une substance explosive;
(b) anything, or any part thereof, used or intended to be used, or adapted to cause, or to aid in causing an explosion in or with an explosive substance, and	b) de toute chose, ou partie d'une chose, employée ou destinée à être employée pour causer ou aider à causer, ou adaptée de façon à causer ou à aider à causer, une explosion dans une substance explosive ou avec une telle substance;
(c) an incendiary grenade, fire bomb, molotov cocktail or other similar incendiary substance or device and a delaying mechanism or other thing intended for use in connection with such a substance or device;	c) d'une grenade incendiaire, d'une bombe incendiaire, d'un cocktail molotov ou d'une autre substance ou d'un mécanisme incendiaire semblable ou d'une minuterie ou d'une autre chose utilisable avec l'une de ces substances ou l'un de ces mécanismes.

[16] Section 82(1) of the *Criminal Code*, the charging section, states:

DANGEROUS SUBSTANCES

[...]

Possession without lawful excuse

82. (1) Every person who, without lawful excuse, the proof of which lies on the person, makes or has in the possession or under the care or control of the person any explosive substance is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

[Emphasis added.]

SUBSTANCES DANGEREUSES

[...]

Possession sans excuse légitime

82. (1) Quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, fabrique ou a en sa possession ou sous sa garde ou son contrôle une substance explosive est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans.

[C'est moi qui souligne.]

[17] Thus, a charge under s. 82(1) can only be maintained if the substance alleged to have been in the possession of the accused is an “explosive substance”, as that term is defined in s. 2 of the *Criminal Code*.

[18] The appellant agrees with the trial judge’s finding that the term “improvised explosive device” is one of common usage both in the media and in caselaw, but not one of precise definition in the *Criminal Code*. The appellant contends that the statutory definition of “explosive substance” is broad enough to encompass devices that fail to function as intended. The first part of the definition is based solely on evidence of intention, whereas the second part of the definition imports the same standard of intention to anything “used [...] or adapted to cause, or to aid” an explosion. Finally, the third portion of the definition lists three specific devices, and includes the phrase “similar incendiary substance or device”. The appellant submits that the statutory definition reflects Parliament’s intention to proscribe, absolutely, the possession of explosive substances, subject to a lawful excuse.

[19] The appellant contends the trial judge erred in law at paragraph 12 of his decision, where he found there must be an explosion for the device to constitute an “improvised explosive device”. The trial judge had based that finding on Webster’s New

Collegiate Dictionary. The appellant submits the dictionary definition relied upon by the trial judge is directly at odds with the definition provided by s. 2 of the *Criminal Code*.

B. *Respondent's Position*

[20] The respondent argues the appellant chose to particularize the type of explosive substance possessed by the respondent as an “improvised explosive device” in its Information. As a result, the trial judge was correct in saying the appellant had to prove the respondent possessed an “improvised explosive device”.

C. *Interpretation of the Criminal Code*

[21] Upon reviewing the applicable provisions of the *Criminal Code*, I must agree with the appellant. Although there is no definition of an improvised explosive device in the *Criminal Code*, s. 2 does include “anything or any part thereof, used or intended to be used, or adapted to cause, or to aid in causing an explosion in or with an explosive substance”. Furthermore, evidence was given at the trial that although the replicated devices did not explode, they were capable of starting a fire and thus, were incendiary devices under s. 2. The device constructed by the respondent, although referred to as an improvised explosive device in the Information, falls squarely into the s. 2 definition of explosive substance and thus s. 82(1). Nowhere in the s. 2 definition does the *Criminal Code* require there to be an explosion. Whether or not the device functions properly should be of no consequence as to whether it meets the legal definition of “explosive substance”. The trial judge appears to focus on the appellant’s use of “improvised explosive device” in the Information. There being no definition for an improvised explosive device in the *Criminal Code*, the trial judge adopts Webster’s New College Dictionary’s definition of the term “explosive”. As a result, the trial judge determined the “common thread” of improvised explosive devices is “that there must be an explosion”. The dictionary definition utilized by the trial judge is inconsistent with s. 2 of the *Criminal Code*, and its use constitutes a reversible error of law.

[22] The trial judge based his decision on the fact that the replicated devices failed to explode. It is apparent to me that the trial judge would not necessarily have reached the same conclusion, had he based his decision on whether the device constituted an “explosive substance”, as defined by the *Criminal Code*.

VII. Disposition

[23] For these reasons, the Attorney General’s appeal is allowed, and a new trial is ordered.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] L'intimé a été inculpé sous un chef de possession d'une substance explosive (par. 82(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46), et un chef consistant à avoir proféré des menaces (al. 264.1(1)a) et 264.1(2)a) du *Code criminel*). L'intimé a plaidé coupable à l'accusation d'avoir proféré des menaces et le 26 janvier 2009, un juge de la Cour provinciale l'a déclaré non coupable de possession d'une substance explosive.

II. Le contexte

[2] L'intimé a été accusé de [TRADUCTION] « possession d'une substance explosive, savoir un dispositif explosif de circonstance ». La preuve produite au procès a révélé que l'intimé était un élève de neuvième année pendant l'année scolaire 2007-2008. Le 17 janvier 2008, l'intimé a eu une rencontre avec son conseiller d'orientation dans le bureau des conseillers d'orientation de l'école. Pendant cette rencontre, il a montré au conseiller d'orientation un certain nombre de vidéos diffusés sur YouTube qui montraient comment construire une bombe au moyen d'un cierge merveilleux. Pendant une deuxième rencontre, le 18 janvier 2008, l'intimé a montré au conseiller d'orientation un dispositif qu'il avait fabriqué. Le conseiller d'orientation a confisqué ce dispositif qui consistait, selon la description qu'il en a faite dans son témoignage, en [TRADUCTION] « ce qui semblait être du ruban de hockey enroulé autour de ce petit – d'un petit cylindre dont dépassait une mèche ».

[3] Le lundi 21 janvier 2008, le conseiller d'orientation a informé l'administration scolaire de l'existence du dispositif en question. Celle-ci a alors communiqué avec le service de police de Woodstock. Un policier s'est rendu à l'école pour y prendre le dispositif. Au procès, le policier a employé les expressions

[TRADUCTION] « dispositif explosif de circonstance » et [TRADUCTION] « bombe artisanale » pour décrire l'objet en question qui avait été construit au moyen d'un flacon à épices en verre recouvert de chatterton ([TRADUCTION] « du ruban à conduits vert ultra résistant »), [TRADUCTION] « un cierge merveilleux, faisant office de mèche, [dépassant] du dessus ». Selon le témoignage que le policier a rendu au procès, l'intimé lui a dit, au moment de son arrestation, que le dispositif [TRADUCTION] « n'explorerait pas à moins qu'[il] ne l'allume » et que le seul [TRADUCTION] « truc » dangereux dans ce dispositif était [TRADUCTION] « le truc bleu qu'on achète au magasin à un dollar et qu'on jette dans un feu ».

[4] Un détective du Groupe de l'enlèvement des explosifs du service de police de Fredericton s'est également présenté à l'école, a enlevé le dispositif et l'a emporté dans un endroit éloigné où il l'a désarmé. Au procès, le détective a dit du dispositif en question qu'il [TRADUCTION] « avait une longueur, savoir quatre pouces et demi, [ainsi qu'un diamètre] qui correspondaient à ceux d'un flacon à épices. [...] Il y avait un cierge merveilleux qui dépassait d'environ un pouce du dessus du – du flacon ». Le détective a estimé que la masse de l'objet correspondait à celle d'un flacon d'épices qui serait plein. Une fois le dispositif disloqué, des échantillons de débris ont été envoyés, aux fins d'une analyse chimique, aux services d'analyse de trace des services nationaux de laboratoire judiciaire de la Gendarmerie royale du Canada à Ottawa.

[5] Les échantillons ont été analysés et une experte en examen, analyse et identification des explosifs a témoigné au procès. Elle a dit qu'elle avait analysé les échantillons et découvert qu'ils contenaient des ions de nitrocellulose, de polychlorure de vinyle, de cuivre, de fer, de baryum, d'ammonium, de sodium, de potassium, de chlorure, de calcium, de nitrate, de sulfate et d'aluminium. L'experte s'est dite d'avis que parmi les éléments susmentionnés, les produits chimiques suivants se retrouvent couramment dans les compositions pyrotechniques : le baryum, le nitrate, le potassium, l'aluminium et le cuivre. Elle a expliqué que les compositions pyrotechniques sont des substances explosives qui sont censées brûler et que la présence de nitrate de baryum et d'aluminium était compatible avec l'utilisation de cierges merveilleux. Elle a ensuite expliqué que pour

fonctionner, les compositions pyrotechniques ont besoin d'un comburant et d'un combustible. Elle a expliqué que le nitrate de baryum agit comme comburant tandis que l'aluminium et le polychlorure de vinyle agissent comme combustible. Elle a dit que [TRADUCTION] « si ces composés étaient maintenus dans un espace clos, ils pourraient exploser ». L'experte a refusé de se prononcer sur l'ampleur d'une telle explosion parce qu'elle n'avait pas les compétences pour le faire.

[6] Pendant le procès, également, un agent de la GRC a été reconnu expert dans le domaine de l'identification et de la fabrication des dispositifs explosifs de circonstance ainsi que de leur fonctionnement. Il a expliqué qu'un « dispositif explosif de circonstance » a besoin de trois éléments pour pouvoir fonctionner : une source d'énergie, un dispositif d'amorçage et une charge qui est soit explosive soit incendiaire. Il a dit que les explosifs brisants comme la dynamite détonnent et que les explosifs déflagrants, comme les pétards, la poudre noire ou les cierges merveilleux déflagrent. Il a expliqué que les explosifs déflagrants brûlent très rapidement et que les gaz et la chaleur en résultant qui s'accumulent à l'intérieur du dispositif causent une explosion si la chaleur est efficacement contenue.

[7] S'appuyant sur la preuve recueillie par le ministère public en ce qui concernait la description matérielle et la composition chimique du dispositif, l'expert de la GRC a construit deux reproductions du dispositif en question et a effectué trois essais afin de déterminer si les reproductions exploseraient. Le premier dispositif ne contenait que du colorant pour flammes tandis que le second ne contenait que des cierges merveilleux. Dans les deux cas l'expert a remplacé la mèche du cierge merveilleux par une mèche Thermalite pour assurer sa sécurité. Les dispositifs ne se sont pas allumés. L'expert ne croyait pas que la mèche Thermalite pouvait allumer les cierges merveilleux. Il a donc modifié le dispositif et inséré un cierge merveilleux en s'inspirant des images qui avait été prises du dispositif original avant son démantèlement. Il a ajouté un plus grand cierge merveilleux ainsi qu'une mèche Thermalite pour assurer sa sécurité. Le dispositif s'est allumé et a causé une très importante inflammation. L'expert a témoigné que le dispositif a déflagré mais n'a pas explosé. Il a témoigné que le dispositif, tel qu'il

avait été fabriqué, était davantage un dispositif incendiaire qu'un dispositif explosif, mais a laissé entendre que [TRADUCTION] « pour qu'il fonctionne efficacement, il faudrait que le cylindre soit plus solide, un objet en métal, mais si – étant donné la façon dont ce produit précis s'est enflammé, il ne fait aucun doute à mes yeux qu'une explosion se serait produite ». L'expert s'est ensuite dit d'avis que le dispositif modifié qu'il avait fabriqué était un [TRADUCTION] « dispositif explosif de circonstance » bien qu'il n'ait pas explosé. Il a dit ceci : [TRADUCTION] « Cela ne change rien – ne modifie pas mon opinion – en ce qui concerne le fait que le dispositif que j'ai construit était un dispositif explosif de circonstance. Le mot 'explosif' ne signifie pas forcément explosif. Il peut aussi signifier incendiaire. »

III. La décision du juge de la Cour provinciale

[8] Le juge du procès a rendu une décision écrite dans cette affaire le 26 janvier 2009. Il a tiré les conclusions suivantes :

- a. Le terme « substance explosive » est défini à l'article 2 du *Code criminel* (par. 7 de la décision);
- b. L'expression « dispositif explosif de circonstance » n'est pas définie dans le *Code criminel* (par. 8);
- c. Puisque le [procureur général] avait précisé, dans la dénonciation, que le genre de substance explosive que l'intimé avait en sa possession était un « dispositif explosif de circonstance », il lui incombait de prouver que le dispositif en question était en fait un dispositif explosif de circonstance (par. 9).

[9] Il a ensuite dit ce qui suit dans sa décision :

[TRADUCTION]

L'expression dispositif explosif de circonstance évoque des images de mines terrestres ou de bombes artisanales qui sont employées pour blesser ou tuer nos soldats en Afghanistan. Il s'agit d'une expression couramment utilisée de nos jours dans les médias, mais sa définition n'est pas

précise. Une définition donnée de l'expression est un dispositif explosif qui est improvisé alors que le terme dispositif explosif est défini comme étant un dispositif qui explose avec une violence soudaine sous l'effet de l'énergie interne. Dans le *Webster's New Collegiate Dictionary*, le terme anglais *explosive* [explosif] est défini ainsi : [TRADUCTION] « 1. Relatif à l'explosion, caractérisé par l'explosion ou créé par l'explosion 2. Qui peut exploser. »

Toutefois, le lien commun entre tout ce qui précède est qu'il doit y avoir une explosion. Dans la présente affaire, les experts n'ont pas pu faire exploser leur reproduction du mécanisme. Le dispositif s'enflammait, mais n'explosait pas. Par conséquent, selon moi, le ministère public ne m'a pas convaincu que le mécanisme que l'adolescent avait en sa possession était un dispositif explosif de circonstance. [par. 11 et 12]

[Je souligne.]

Le juge du procès a donc acquitté l'intimé.

IV. Les moyens d'appel

[10] L'unique moyen d'appel est que le juge du procès a commis une erreur de droit en retenant et en appliquant à l'expression « substance explosive » un critère juridique qui est incompatible avec la définition qu'en donne l'art. 2 du *Code criminel*.

V. La norme de contrôle

[11] Aux fins de déterminer l'issue d'un appel, la Cour doit d'abord déterminer quelle norme de contrôle est applicable. Il s'agit en l'espèce d'un appel qui découle de l'acquittement de l'accusé. Dans l'arrêt *R. c. Doiron*, [2005] A.N.-B. n° 513 (QL), 67 W.C.B. (2d) 789, 2005 NBCA 109, le juge d'appel Deschênes a examiné la norme qui s'applique à la révision par une cour d'appel dans des circonstances comme celles-ci :

Dans le cadre d'un appel comme celui-ci, le ministère public doit non seulement nous convaincre qu'une erreur de droit a été commise, il doit également nous convaincre que

si l'erreur de droit n'avait pas été commise, la décision du juge du procès n'aurait pas nécessairement été la même. (*Vézeau c. R.*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Sutton*, [2000] 2 R.C.S. 595, au paragraphe 2, et *R. c. Pavlovsky (G.)* (2005), 281 R.N.-B. (2^e) 42 (C.A.)). Dans l'arrêt *Pavlovsky*, notre Cour a dit ce qui suit, au paragraphe 29 :

Pour les motifs dont nous avons amplement fait état ci-dessus, le juge du procès a commis plusieurs erreurs de droit et n'a pas appliqué le bon critère juridique lorsqu'il a écarté les déclarations que M. Pavlovsky a faites dans la voiture de police. Toutefois, ce ne sont pas toutes les erreurs de droit qui sont fatales, en ce sens qu'elles justifient un nouveau procès. Comme l'a statué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Vézeau*, [1977] 2 R.C.S. 277, 8 N.R. 235, il incombe au ministère public de convaincre la Cour d'appel que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si l'erreur de droit n'avait pas été commise au procès. Un acquittement ne saurait être infirmé à la légère. Cette charge est lourde et la poursuite doit s'en acquitter avec un degré raisonnable de certitude : *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, 88 N.R. 161, 30 O.A.C. 81, à la page 374 [R.C.S.]. [Par. 22]

[12] En 2006, dans l'arrêt *R. c. Graveline*, [2006] 1 R.C.S. 609, [2006] A.C.S. n° 16 (QL), 2006 CSC 16, la Cour suprême a elle aussi examiné la norme applicable :

Dans bon nombre de ressorts, comme le juge Cory l'a fait remarquer dans *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629, p. 645, l'État ne peut interjeter appel du verdict d'acquittement d'un accusé au procès. Au Canada, ce n'est pas le cas. L'alinéa 676(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit que le procureur général peut introduire un recours devant la Cour d'appel « contre un jugement ou verdict d'acquittement [...] pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement ».

Il est cependant établi depuis longtemps qu'un appel interjeté par le procureur général ne saurait être accueilli sur une possibilité abstraite ou purement hypothétique selon laquelle l'accusé aurait été déclaré coupable n'eût été l'erreur de droit. Il faut des moyens plus concrets. Pour

obtenir un nouveau procès, le ministère public doit convaincre la cour d'appel qu'il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur (ou les erreurs) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement. Le procureur général n'est toutefois pas tenu de nous persuader que le verdict aurait nécessairement été différent.

Ce fardeau qui incombe au ministère public et qui demeure inchangé depuis plus d'un demi-siècle (voir *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658) a été expliqué comme suit par le juge Sopinka au nom de la majorité dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345 :

Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire. [p. 374]

S'exprimant plus récemment dans un jugement unanime, la Juge en chef a dit ce qui suit dans *R. c. Sutton*, [2000] 2 R.C.S. 595, 2000 CSC 50 :

Les parties s'entendent pour dire que les verdicts d'acquiescement ne sont pas annulés à la légère. Selon le critère énoncé dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, le ministère public doit convaincre la cour que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même s'il n'y avait pas eu d'erreurs. Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, notre Cour souligne le fait que « cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude » (p. 374). [par. 2]

[Par. 13 à 16]

[13] Par conséquent, pour obtenir un nouveau procès, l'appelante doit convaincre la Cour à la fois qu'une erreur de droit a été commise en première instance et que la décision du juge du procès n'aurait pas nécessairement été la même si l'erreur

n'avait pas été commise. En toute déférence, j'estime que l'appelante s'est acquittée de cette charge.

VI. Analyse

A. *La position de l'appelante*

[14] L'appelante prétend que le juge du procès a commis une erreur de droit en acquittant l'intimé d'une infraction au par. 82(1) du *Code criminel* parce qu'il a employé une définition de l'expression « substance explosive » qui est incompatible avec celle qu'en donne l'art. 2 du *Code criminel*.

[15] L'expression « substance explosive » est ainsi définie à l'art. 2 du *Code criminel* :

“explosive substance” includes	« substance explosive » S'entend notamment :
(a) anything intended to be used to make an explosive substance,	a) de toute chose destinée à être employée dans la fabrication d'une substance explosive;
(b) anything, or any part thereof, used or intended to be used, or adapted to cause, or to aid in causing an explosion in or with an explosive substance, and	b) de toute chose, ou partie d'une chose, employée ou destinée à être employée pour causer ou aider à causer, ou adaptée de façon à causer ou à aider à causer, une explosion dans une substance explosive ou avec une telle substance;
(c) an incendiary grenade, fire bomb, molotov cocktail or other similar incendiary substance or device and a delaying mechanism or other thing intended for use in connection with such a substance or device;	c) d'une grenade incendiaire, d'une bombe incendiaire, d'un cocktail molotov ou d'une autre substance ou d'un mécanisme incendiaire semblable ou d'une minuterie ou d'une autre chose utilisable avec l'une de ces substances ou l'un de ces mécanismes.

[16] Le paragraphe 82(1) du *Code criminel*, la disposition constitutive de l'infraction, est ainsi rédigé :

DANGEROUS SUBSTANCES

[...]

Possession without lawful excuse

82. (1) Every person who, without lawful excuse, the proof of which lies on the person, makes or has in the possession or under the care or control of the person any explosive substance is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

[Emphasis added.]

SUBSTANCES DANGEREUSES

[...]

Possession sans excuse légitime

82. (1) Quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, fabrique ou a en sa possession ou sous sa garde ou son contrôle une substance explosive est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans.

[C'est moi qui souligne.]

[17] Par conséquent, une accusation portée en vertu du par. 82(1) ne peut être maintenue que si la substance qui, prétend-on, était en la possession de l'accusé est une « substance explosive » selon la définition que donne de cette expression l'art. 2 du *Code criminel*.

[18] L'appelante souscrit à la conclusion du juge du procès voulant que l'expression « dispositif explosif de circonstance » soit couramment utilisée dans les médias et dans la jurisprudence, mais qu'aucune définition précise n'en soit donnée dans le *Code criminel*. L'appelante prétend que la définition, dans la loi, de l'expression « substance explosive » est suffisamment large pour englober des dispositifs qui ne fonctionnent pas comme prévu. La première partie de la définition repose uniquement sur la preuve de l'intention alors que la deuxième partie applique la même norme de l'intention à toute chose « employée [...] ou adaptée de façon à causer ou à aider à causer » une explosion. Finalement, la troisième partie de la définition mentionne trois dispositifs ou mécanismes précis et comprend l'expression « autre substance ou [...] mécanisme incendiaire semblable ». L'appelante prétend que la définition donnée par la loi traduit l'intention du législateur d'interdire absolument la possession de substances explosives, sous réserve d'une excuse légitime.

[19] L'appelante prétend que le juge du procès a commis une erreur de droit au par. 12 de sa décision lorsqu'il a conclu qu'il doit y avoir une explosion pour que le

mécanisme en question constitue un « dispositif explosif de circonstance ». Le juge du procès avait fondé cette conclusion sur le *Webster's New Collegiate Dictionary*. L'appelante fait valoir que la définition tirée du dictionnaire sur laquelle le juge s'est appuyé contraste directement avec celle qui est donnée à l'art. 2 du *Code criminel*.

B. *La position de l'intimé*

[20] L'intimé prétend que l'appelante a choisi de préciser, dans sa dénonciation, que le genre de substance explosive que l'intimé avait en sa possession était un « dispositif explosif de circonstance ». Il s'ensuit que c'est à bon droit que le juge du procès a dit que l'appelante devait prouver que l'intimé avait en sa possession un « dispositif explosif de circonstance ».

C. *L'interprétation du Code criminel*

[21] Après avoir examiné les dispositions du *Code criminel* qui sont applicables, force m'est de souscrire aux prétentions de l'appelante. Bien qu'il n'y ait aucune définition de l'expression « dispositif explosif de circonstance » dans le *Code criminel*, l'al. b) de la définition de substance explosive à l'article 2 du *Code* désigne notamment « toute chose, ou partie d'une chose, employée ou destinée à être employée pour causer ou aider à causer, ou adaptée de façon à causer ou à aider à causer, une explosion dans une substance explosive ou avec une telle substance ». De plus, selon certains témoignages rendus au procès, bien que les reproductions du mécanisme en question n'aient pas explosé, elles étaient propres à causer un incendie et étaient donc des mécanismes incendiaires au sens de l'al. c) de cette même définition. Le mécanisme qu'avait fabriqué l'intimé, bien qu'il ait été désigné sous le nom de « dispositif explosif de circonstance » dans la dénonciation, relève parfaitement de la définition de l'expression « substance explosive » qui est donnée à l'art. 2 et donc du par. 82(1). Le *Code criminel* ne précise nulle part dans la définition figurant à l'art. 2 qu'il doit y avoir une explosion. Le bon ou le mauvais fonctionnement du dispositif en question ne devrait avoir aucune incidence sur la question de savoir s'il satisfait à la définition légale de

l'expression « substance explosive ». Le juge du procès semble s'être concentré sur le fait que l'appelante a employé l'expression « dispositif explosif de circonstance » dans la dénonciation. Puisqu'il n'y a pas de définition de ce qu'est un dispositif explosif de circonstance dans le *Code criminel*, le juge du procès a adopté la définition du mot anglais *explosive* [explosif] qui est donnée dans le *Webster's New College Dictionary*. Il s'en est suivi que le juge du procès a déterminé que le [TRADUCTION] « lien commun » entre les dispositifs explosifs de circonstance est [TRADUCTION] « qu'il doit y avoir une explosion ». La définition donnée par le dictionnaire sur laquelle le juge du procès s'est appuyé est incompatible avec l'art. 2 du *Code criminel* et son utilisation a constitué une erreur de droit justifiant l'infirmité de sa décision.

[22] Le juge du procès a fondé sa décision sur le fait que les reproductions du dispositif en question n'ont pas explosé. Il est manifeste, à mes yeux, que le juge du procès n'en serait pas nécessairement arrivé à la même conclusion s'il avait fondé sa décision sur la question de savoir si le dispositif constituait une « substance explosive », selon la définition qu'en donne le *Code criminel*.

VII. Dispositif

[23] Pour ces motifs, l'appel du procureur général est accueilli et un nouveau procès est ordonné.