

Francesco Caccamo *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1974: June 24; 1975: March 7.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law—Evidence—Surprise evidence at trial—Admissibility—Relevancy of Document—Whether document in possession of accused—Pre-trial disclosure—Preliminary enquiry—Motion to re-elect—Criminal Code, s. 3(4).

A search, pursuant to a warrant issued on the basis of suspicion that certain fire arms were present in appellant's home, resulted in the discovery of counterfeit money, a loaded pistol and ammunition, \$1,713 in cash and some handwritten notes in Italian. The appellant was charged with (first) possession without lawful excuse of six counterfeit notes, (second) the possession of a weapon dangerous to the public peace and (third) possession of a restricted weapon for which he did not have a registration certificate. The handwritten notes were found in the kitchen cupboard and were not mentioned at all during the preliminary enquiry, were not disclosed to the defence prior to the beginning of the trial but were introduced and mentioned for the first time during the second day of the trial which took place before a judge alone. Expert evidence identified the notes as a copy of the constitution of a Mafia related secret society which preached and practised violence.

The trial judge granted an adjournment to permit examination of the document. The defence made application for re-election in order that the trial should proceed before a judge and jury but this was refused. Appellant was convicted on all three counts and his appeal was dismissed by the Court of Appeal, Arnup J.A. dissenting. Hence the appeal to this Court on two questions only:

(1) was there evidence upon which the trial judge could find that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace? and (2) did the

Francesco Caccamo *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1974: le 24 juin; 1975: le 7 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Droit criminel—Preuve—Preuve inattendue présentée au cours du procès—Recevabilité—Pertinence du document—Le document était-il en la possession de l'accusé?—Divulgaration avant le début du procès—Enquête préliminaire—Requête en vue d'un nouveau choix quant au mode de procès—Code criminel, art. 3(4).

Une perquisition, effectuée en exécution d'un mandat qui faisait l'objet de certaines armes à feu dont on soupçonnait la présence à la demeure de l'appellant, a donné lieu à la découverte de monnaie contrefaite, d'un pistolet chargé et des cartouches, d'une somme de \$1,713 en argent comptant, et de notes manuscrites en italien. Les accusations suivantes ont été portées contre l'appellant: (premièrement) possession, sans excuse légitime, de six billets contrefaits, (deuxièmement) possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et (troisièmement) possession d'une arme à autorisation restreinte pour laquelle il n'avait pas de certificat d'enregistrement. Les notes manuscrites ont été trouvées dans l'armoire de cuisine et elles n'ont pas du tout été mentionnées au cours de l'enquête préliminaire. Elles n'ont pas été divulguées non plus à la défense avant le début du procès mais elles ont été produites pour la première fois au cours de la deuxième journée du procès qui s'est déroulé devant un juge seul. Des experts ont identifié les notes comme étant une copie de la constitution d'une organisation criminelle secrète apparentée à la Mafia et adepte de la violence.

Le juge de première instance a accordé un ajournement pour permettre l'examen du document. La défense a demandé d'exercer un nouveau choix pour que le procès se déroule devant un juge et un jury. Cette requête a été refusée. L'appellant a été déclaré coupable des trois infractions et son appel a été rejeté par la Cour d'appel, le juge d'appel Arnup étant dissident. D'où le pourvoi devant cette Cour sur deux questions seulement:

(1) est-ce que la preuve permettait au juge du procès de conclure que l'arme était possédée dans un dessein dangereux pour la paix publique? et (2) est-ce que le

failure of the Crown to disclose to the defence the existence of exhibit 5 until after the trial had commenced constitute a miscarriage of justice?

Held (Laskin C.J. and Spence J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. Referring to the first question, the evidence justified the unanimous conclusion in the courts below that the document was in the possession of the appellant. It was not necessary to invoke the presumption of law that, when a husband and wife live together, the husband is in possession and control of the premises in which they reside. In the circumstances, the trial judge was entitled to draw an inference from the possession of the document that the accused was a member of the organization to which the document referred and therefore had possession of the weapon for a purpose dangerous to the public peace.

Referring to the second question, there was no obligation on the Crown to disclose before trial to the defence the existence of the document and the intention of the prosecution to introduce it into evidence as an exhibit. The sole purpose of the preliminary enquiry is to satisfy the magistrate that there is sufficient evidence to put the accused on trial and the Crown has the discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case. At trial Crown counsel has full discretion as to what witnesses should be called for the prosecution and the Court will not interfere with the exercise of that discretion unless it can be shown that the prosecutor has been influenced by some oblique motive. The accused must however be guaranteed a fair trial, thus if the introduction of new evidence takes the accused by surprise he is entitled to a postponement, as was obtained by the appellant. The fact that the document was only revealed on the second day of the trial (a) did not affect the conduct of the trial prior thereto; (b) did not entitle the accused to make a second option (to be tried by judge and jury rather than by judge alone) which as a rule must be made in the light of the charge not in light of the evidence. In other words, there was no miscarriage of justice.

In reaching a conclusion as to whether or not a miscarriage of justice exists the courts are entitled to take into account the fact that the accused did not testify.

Per Laskin C.J. and Spence J. *dissenting*: The police officers and the Crown in a carefully considered proce-

défaut par le ministère public de dévoiler à la défense l'existence de la pièce 5 avant le début du procès constitue une erreur judiciaire grave?

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: Quant à la première question, la preuve justifie la conclusion unanime des cours d'instance inférieure que l'appelant était en possession du document. Il n'est pas nécessaire d'invoquer le principe voulant que lorsque les conjoints vivent sous le même toit, il existe une présomption légale que l'époux a la possession et le contrôle des lieux de leur résidence. Dans les circonstances, il était permis au juge de première instance de déduire de la possession du document que l'accusé était membre de l'organisation qui y était mentionnée et que, par conséquent, il était en possession de l'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Quant à la seconde question, le ministère public n'était aucunement obligé de divulguer à la défense, avant le début du procès, l'existence du document et son intention de le déposer en preuve à titre de pièce à conviction. L'enquête préliminaire vise uniquement à satisfaire le magistrat qu'il existe suffisamment de preuve pour faire subir à l'accusé son procès, et le ministère public a la faculté de n'y présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue. Au cours du procès, l'avocat de la poursuite est complètement libre de décider quels témoins doivent être cités pour la poursuite et la Cour ne doit pas entraver l'exercice de cette discrétion à moins qu'on puisse démontrer que le poursuivant a agi ainsi pour des motifs détournés. Cependant, la garantie d'un procès équitable doit être accordée à l'accusé. C'est pourquoi, si le dépôt d'une nouvelle preuve le prend par surprise, l'accusé a droit à un ajournement, ce dont l'appelant a bénéficié. Le fait que le document n'a été divulgué que la seconde journée du procès a) n'a pas affecté la conduite du procès avant cette divulgation; et b) ne donnait pas droit à l'accusé de se prévaloir d'une seconde option (d'être jugé par un juge et un jury plutôt que par un juge seul) qui en principe doit être exercée à la lumière du chef d'accusation et non à la lumière de la preuve. En d'autres mots, il n'y a pas eu erreur judiciaire grave.

En concluant à l'existence ou à l'inexistence d'une erreur judiciaire grave, les tribunaux ont le droit de tenir compte du fait que l'accusé n'a pas témoigné.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence, *dissidents*: Les policiers et le ministère public se sont concertés pour

ture concealed from the appellant and his counsel the possession of the handwritten notes and their intention to use them at trial until the trial had proceeded for some time. There was utter surprise to defence counsel, however, in view of the fact that the trial did not proceed at once and the statement by appellant's counsel that he had, as a result of the adjournment, ample opportunity to prepare his case, no prejudice to the accused was established. The appeal should none the less succeed on the basis that without the document the Crown had not made out a *prima facie* case that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace and that the Crown had failed to prove that the document was in the possession of the appellant. The document found as it was in the kitchen casually stored with household accounts inferred possession with the appellant's wife and not with the appellant. The police procedure on discovery of the document prevented the police from being able to show that it was in the appellant's possession. Even if the document had been proven to be in the possession of the appellant in such circumstances as would permit an inference of his knowledge of its contents, it had no probative value to show that the appellant possessed the weapon found for a purpose dangerous to the public. The expert evidence demonstrated quite conclusively that the document related to an organisation which died after an historic trial some 60 years ago. Such a fragile basis for linking the accused with some unnamed and unoutlined criminal organization could not constitute proof beyond reasonable doubt.

[*R. v. Caouette*, [1973] S.C.R. 859; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Steinberg v. The King*, [1931] S.C.R. 421; *R. v. Lawson* (1944), 81 C.C.C. 139; *R. v. Mandzuk*, [1945] 3 W.W.R. 280; *R. v. Tokarek* (1967), 58 W.W.R. 691; *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221; *Picken v. The King*, [1938] S.C.R. 457; *Emkeit v. The Queen*, [1974] S.C.R. 133; *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *R. v. Epping* (1972), 57 Cr. App. R. 499; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. Boucher*, [1963] 2 C.C.C. 241; *R. v. Cipolla*, [1965] 2 O.R. 673; *R. v. Greenlaw* (No. 1) [1968] 3 C.C.C. 200 referred to]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal from a conviction by Moore, Co. Ct. J., for possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence

cacher à l'appellant et à son avocat, jusqu'à ce que le procès soit déjà en cours depuis un certain temps, la possession des notes manuscrites et leur intention de les utiliser au cours du procès. La surprise a été très grande pour l'avocat de la défense. Cependant, aucun tort n'a ainsi été causé à l'accusé puisque ce dernier a bénéficié d'un ajournement qui a permis à son avocat de se préparer suffisamment. Néanmoins, le pourvoi devrait être accueilli parce que sans ce document, le ministère public serait incapable de faire une preuve suffisante à première vue que la possession de l'arme était dans un dessein dangereux pour la paix publique, et parce que le ministère public n'a pas prouvé que le document était en la possession de l'appellant. Puisque le document a été trouvé dans la cuisine parmi des factures diverses, il semble plus régulier d'imputer la possession du document à l'épouse de l'appellant plutôt qu'à ce dernier. La façon d'agir des policiers lors de la découverte de ce document les a empêché de prouver la possession de ce document par l'appellant. Même si l'on avait démontré que ce document était en la possession de l'appellant de façon à permettre la déduction qu'il en connaissait le contenu, cette preuve n'a aucune valeur probante pour démontrer que l'appellant avait cette arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Les témoignages des experts ont prouvé de façon concluante que le document se rapportait à une organisation qui s'est éteinte après un procès historique il y a environ 60 ans. Un lien aussi fragile entre l'appellant et une organisation criminelle vague et inconnue ne peut constituer une preuve hors de tout doute raisonnable.

[Arrêts mentionnés: *R. c. Caouette*, [1973] R.C.S. 859; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Steinberg c. Le Roi*, [1931] R.C.S. 421; *R. v. Lawson* (1944), 81 C.C.C. 139; *R. v. Mandzuk*, [1945] 3 W.W.R. 280; *R. v. Tokarek* (1967), 58 W.W.R. 691; *Thompson v. the King*, [1918] A.C. 221; *Picken c. Le Roi*, [1938] R.C.S. 457; *Emkeit c. La Reine*, [1974] R.C.S. 133; *Prosko c. Le Roi* (1922), 63 R.C.S. 226; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *R. v. Epping* (1972), 57 Cr. App. R. 499; *Lemay c. Le Roi*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. v. Boucher*, [1963] 2 C.C.C. 241; *R. v. Cipolla*, [1965] 2 O.R. 673; *R. v. Greenlaw* (N° 1) [1968] 3 C.C.C. 200.]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant un appel d'une déclaration de culpabilité pour possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique prononcée par le juge Moore de la Cour

¹ [1973] 2 O.R. 367.

¹ [1973] 2 O.R. 367.

J. dissenting.

A. Maloney, Q.C., for the appellant.

A. Campbell, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence J. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on January 26, 1973, which, by a majority, dismissed an appeal from the judgment of the trial judge pronounced on June 30, 1972, after a trial without a jury.

The appellant had been convicted on three charges: firstly, possession of counterfeit money, secondly, possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, and thirdly, possession of a restricted weapon. The appellant had pleaded guilty to the third charge but none the less argued in the Court of Appeal that the conviction thereon should be set aside. The Court of Appeal unanimously confirmed the conviction on the first and third counts and we are not concerned with those counts in this Court.

On the second count, that is, the possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, the majority of the Court, for reasons given by the Chief Justice of Ontario, dismissed the appeal. Arnup J.A. gave reasons for dissenting and would have allowed the appeal. The formal judgment of the Court expressed the dissent of Arnup J.A. in these words:

The Honourable Mr. Justice Arnup dissenting therefrom and expressing the opinion that the appeal against the conviction on charge two (possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace) should be allowed on the following grounds, in law, namely: that there was no evidence upon which the trial judge could find that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace

The appellant applied to this Court for leave to appeal upon other grounds of law and this Court,

de comté. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents.

A. Maloney, c.r., pour l'appellant.

A. Campbell, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—Le présent pourvoi est interjeté à l'encontre d'un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 26 janvier 1973 qui a rejeté l'appel du jugement prononcé le 30 juin 1972 par le juge de première instance à la suite d'un procès sans jury.

L'appellant avait été déclaré coupable de trois accusations: premièrement, possession de monnaie contrefaite, deuxièmement, possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et, troisièmement, possession d'une arme à autorisation restreinte. L'appellant avait plaidé coupable au troisième chef d'accusation mais il a néanmoins prétendu devant la Cour d'appel que sa déclaration de culpabilité à cet égard devrait être infirmée. La Cour d'appel a unanimement confirmé la déclaration de culpabilité sur le premier et le troisième chef d'accusation et cette Cour n'a pas à se pencher sur ces chefs d'accusation.

Relativement au deuxième chef d'accusation, c'est-à-dire la possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, la majorité de la Cour a rejeté l'appel pour les motifs exprimés par le Juge en chef de l'Ontario. Le juge d'appel Arnup a exprimé des motifs de dissidence et aurait accueilli l'appel. La minute du jugement de la Cour d'appel rapportait en ces mots la dissidence du juge Arnup:

[TRADUCTION] Son honneur M. le juge Arnup, dissident, est d'avis que l'appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité sur la deuxième accusation (possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique) devrait être accueilli pour les motifs d'ordre juridique suivants, à savoir: qu'il n'y avait aucune preuve qui permettait au juge du procès de conclure que l'arme était possédée dans un dessein dangereux pour la paix publique

L'appellant s'est présenté à cette Cour pour demander la permission d'interjeter un pourvoi

by its Order pronounced May 7, 1973, permitted an appeal to this Court upon the following additional ground:

Did the failure of the Crown to disclose to the defence the existence of exhibit five until after the trial had commenced constitute a miscarriage of justice?

I find it necessary to deal at considerable length with the circumstances surrounding the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. I have taken most of the facts hereinafter recited from the evidence given for the Crown by Detective Jack Carr, and particularly from his cross-examination.

A shooting affray occurred at Newtonbrook Plaza in North York Township in Metropolitan Toronto. During the ensuing investigation, the police came to the conclusion that some numbers of persons related by blood and being immigrants from a district in Italy known as Calabria might have been involved and that offensive weapons might be found in the possession of many of those people. Therefore, Detective Sergeant Mouncey instructed Detective Carr to obtain a series of search warrants for offensive weapons applicable to various people including the appellant. The actual search warrant was produced at trial and marked as Exhibit 2; a search for the material upon which the application for the search warrant had been based made during the course of the trial proved in vain and Detective Carr from his memory could not give any information on that topic. At any rate, Detective Carr admitted that he had never heard of the appellant Francesco Caccamo prior to having obtained the warrant to search his residence and did not know any background. Detective Carr and three other officers, all in plain clothes, on Sunday, August 1, 1971, arrived at the front door of the premises—Detective Carr and Detective Turner approaching the front door while two other officers, Constable Wauchope and Constable Clark, approached the rear door and waited until Detective Turner, having been admitted to the front door, in turn admitted the two latter officers to the rear door. The four officers then seemed to have divided up their task of searching the premises with Detective

fondé sur d'autres moyens de droit, et cette Cour, par son ordonnance rendue le 7 mai 1973, lui a accordé la permission d'interjeter un pourvoi fondé sur le moyen additionnel suivant:

[TRADUCTION] Est-ce que le défaut par le ministère public de dévoiler à la défense l'existence de la pièce n° 5 avant le début du procès constitue une erreur judiciaire?

Je crois nécessaire de traiter en détail des circonstances de l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. J'ai tiré la plupart des faits exposés ci-dessous du témoignage rendu pour le ministère public par le détective Jack Carr, et plus particulièrement du contre-interrogatoire de ce dernier.

Un échange de coups de feu a eu lieu au Newtonbrook Plaza dans le canton de North York situé dans la région métropolitaine de Toronto. Au cours de l'enquête qui s'ensuivit, la police a conclu qu'un certain nombre de personnes liées par le sang et ayant immigré d'une région d'Italie connue sous le nom de Calabre pouvaient être impliquées, et que plusieurs de ces personnes pouvaient être en possession d'armes offensives. Par conséquent, le sergent détective Mouncey donna l'ordre au détective Carr d'obtenir une série de mandats de perquisition pour armes offensives à l'encontre de diverses personnes dont l'appelant. Le mandat de perquisition a été produit au cours du procès et déposé comme pièce n° 2; on a vainement tenté au cours du procès d'établir sur quoi se fondait la demande du mandat de perquisition et le détective Carr, de mémoire, n'a pu fournir aucun renseignement sur le sujet. De toute façon, le détective Carr a admis qu'il n'avait jamais entendu parler de l'appelant Francesco Caccamo antérieurement à l'obtention du mandat qui l'autorisait à perquisitionner le domicile de ce dernier, et qu'il ne connaissait rien de l'affaire. Le dimanche 1^{er} août 1971, le détective Carr et trois autres agents, tous habillés en civil, arrivèrent devant la maison de l'appelant—le détective Carr et le détective Turner se présentèrent à la porte de devant tandis que les deux autres agents, le constable Wauchope et le constable Clark, se présentèrent à la porte de derrière et ils attendirent que le détective Turner, que l'on avait fait entrer par la porte de devant, vienne à son tour leur ouvrir la porte de derrière. Il

Carr confining his search to the kitchen, although he was assisted from time to time in that task by Detective Turner.

The first discovery by the officers was an American twenty-dollar bill which had been torn in two pieces, which Detective Turner found in a dresser in the master bedroom. He immediately asked the appellant whose money that was and the appellant explained that it was money which he had found in the same torn condition in the street. This was a genuine twenty-dollar bill.

Detective Turner continued his search of that dresser drawer and under clothing found six Bank of Canada notes which turned out to be counterfeit and which gave rise to the charge of possession of counterfeit money to which I have already referred. Again, Detective Turner questioned the appellant as to these counterfeit bank notes, receiving an explanation with which we are not concerned.

Then, Constable Clark, for some unexplained reason, proceeded to search the person of the appellant and found the sum of \$1,713, again in genuine money, in his right front pocket. For the third time, Detective Turner questioned the appellant as to the possession of this sum of money and simply had the reply that it was the appellant's personal property as he had not banked that week.

Constable Wauchope lifted down, from the top right-hand side of a clothes closet at the foot of the bed, a blue box which contained a black pistol already loaded with six rounds of ammunition which Constable Wauchope removed from the weapon, and then Constable Clark found a box containing an additional eight rounds of 6.35 ammunition with a cleaning brush and cleaning fluid. Once more, Detective Turner, cautioned the appellant on the offence of possession of a restricted weapon. The appellant's answer did not appear in the evidence.

During this time, with the appellant and Detective Turner going back and forth between the living room, master bedroom and kitchen, Detec-

semble que les quatre agents se sont alors partagés la tâche de fouiller les lieux, le détective Carr se chargeant de fouiller la cuisine, même s'il recevait occasionnellement l'aide du détective Turner.

Les agents ont d'abord découvert un billet de vingt dollars en monnaie américaine qui avait été déchiré en deux morceaux. C'est le détective Turner qui l'a découvert dans une commode de la chambre à coucher principale. Il a immédiatement demandé à l'appelant à qui appartenait cet argent et ce dernier lui a répondu qu'il avait trouvé le billet dans cet état dans la rue. Ce billet de vingt dollars était légal.

Le détective Turner continua de fouiller ce tiroir de la commode et découvrit sous des vêtements six billets contrefaits de la Banque du Canada d'où l'accusation de possession de monnaie contrefaite que j'ai déjà mentionnée. De nouveau, le détective Turner interrogea l'appelant relativement à ces billets de banque contrefaits et il reçut une explication qui ne nous concerne aucunement.

Ensuite le constable Clark, pour des motifs inexpliqués, a fouillé la personne de l'appelant sur qui il a trouvé, dans sa poche droite avant, la somme de \$1,713 en monnaie légale. Pour la troisième fois, le détective Turner a interrogé l'appelant relativement à la possession de cette somme d'argent et ce dernier lui a simplement répondu que c'était son argent personnel et qu'il n'avait effectué aucun dépôt bancaire cette semaine-là.

Sur le dessus de l'armoire à linge qui était au pied du lit, le constable Wauchope a trouvé une boîte bleue qui contenait un pistolet noir dans lequel étaient insérées six cartouches qu'il a lui-même retirées de l'arme. Puis le constable Clark a trouvé une boîte qui contenait huit autres cartouches de calibre 6.35 ainsi qu'une brosse et un liquide à nettoyer. Encore une fois, le détective Turner a mis l'appelant en garde contre l'infraction de possession d'une arme à autorisation restreinte. La preuve ne rapporte pas la réplique de l'appelant.

Pendant ce temps, alors que l'appelant et le détective Turner allaient et venaient entre le salon, la chambre à coucher principale et la cuisine, le

tive Carr continued his desultory search in the kitchen. It would appear that Mrs. Rosa Caccamo, the appellant's wife, who did not understand English and who was in such an obviously pregnant condition that the officers thought it better that she should remain seated, stayed in the kitchen. Detective Carr found nothing which interested him except that, with household bills, in the kitchen cupboard in what would appear to be a plastic envelope he found several slips of notepaper handwritten in Italian. This plastic envelope was on the first shelf of the cupboard. It could hardly be imagined that it was in any way concealed. Detective Carr removed this plastic container and put it in his pocket. So far as he was aware, Mrs. Caccamo did not observe him doing this and neither he nor Detective Turner, who had observed Detective Carr's movements, made any reference to the papers to either Mrs. Caccamo or to the appellant when he returned in a moment or two to the kitchen. These papers, with the counterfeit money, the torn bill, the genuine money, and the pistol with its ammunition, were all removed from the premises. The appellant was charged with the three offences which I have outlined and eventually came up for preliminary hearing.

At the preliminary hearing, Detective Carr was not called by the Crown as a witness. Counsel for the appellant, however, did call Detective Carr as a witness. It must be remembered that there is no evidence to indicate that either the appellant or his wife knew of the removal of these papers written in Italian from the kitchen cupboard nor, of course, that the appellant's counsel would have any knowledge of them. The appellant's counsel, therefore, did not examine Detective Carr upon this topic but he did put to Detective Carr this question: "Q. And then what did you do?", to which Detective Carr replied "A. Well, I looked in various places in the kitchen. I made a search of the kitchen."

Q. About how long?

A. Oh, possibly ten minutes.

When cross-examined at the trial as to his failure to mention the discovery of these papers written in Italian, Detective Carr made two significant statements: Firstly, that he made no mention of these papers, and, secondly,

détective Carr continuait à fouiller la cuisine. Il semblerait que M^{me} Rosa Caccamo, l'épouse de l'appelant, qui ne comprenait pas l'anglais et dont la grossesse était tellement évidente que les agents ont cru bon qu'elle reste assise, soit demeurée dans la cuisine. Le détective Carr n'y trouva rien d'intéressant à l'exception de plusieurs feuilles de papiers portant un texte manuscrit en italien découvertes parmi des factures diverses dans ce que semblerait être une enveloppe en plastique dans l'armoire de cuisine. Cette enveloppe de plastique se trouvait sur la première tablette de l'armoire. On peut difficilement imaginer qu'elle y était cachée. Le détective Carr s'empara de l'enveloppe en plastique et la glissa dans sa poche. D'après lui, M^{me} Caccamo ne s'est aperçue de rien et ni lui ni le détective Turner, qui avait remarqué le geste du détective Carr, n'ont fait mention des feuilles de papier à M^{me} Caccamo ou à l'appelant quand il est revenu dans la cuisine une ou deux minutes plus tard. Ces feuilles de papier ainsi que la monnaie contrefaite, le billet déchiré, l'argent authentique, le pistolet et ses munitions ont été emportés. L'appelant a été accusé des trois infractions que j'ai mentionnées et il a subi son enquête préliminaire.

Au cours de l'enquête préliminaire, le détective Carr n'a pas été cité comme témoin par le ministère public mais il l'a été par l'avocat de l'appelant. Il faut se souvenir qu'aucune preuve ne démontre que l'appelant ou son épouse était au courant que l'on avait retiré de l'armoire de cuisine le document manuscrit en italien, ni que l'avocat de l'appelant en connaissait l'existence. Par conséquent, ce dernier n'a pas interrogé le détective Carr à ce sujet mais il lui a quand même posé cette question: [TRADUCTION] «Q. Et alors qu'avez-vous fait?», ce à quoi le détective Carr a répondu [TRADUCTION] «R. Bien, j'ai regardé à divers endroits dans la cuisine. J'ai fouillé la cuisine.»

Q. Pendant longtemps?

R. Oh, pendant environ dix minutes.

Lorsque le détective Carr a été contre-interrogé au cours du procès relativement à son défaut de mentionner la découverte dudit manuscrit, il fit deux déclarations importantes: premièrement, qu'il n'avait pas parlé du manuscrit, et, deuxièmement, que

It wasn't my decision to make at that time; as I say, I knew nothing of the actual contents [of the papers written in Italian]. I knew basically what it was about. I had never seen a translation. In fact, I didn't know there had been a translation made of the papers. I knew nothing of their actual contents except what I have stated here today.

At the trial, these papers written in Italian were the subject of a great deal of evidence and the question of the papers, which were marked as Exhibit 5, is the kernel of the dissent of Arnup J.A. and of the chief issue before this Court. The papers were produced and identified by Detective Carr and evidence in reference to them was given by Sergeant Dino Chiarot of the RCMP. Chiarot was Italian by parentage and had spent five years in Italy working for the RCMP in conjunction with the Department of Immigration. His evidence shall be referred to hereafter. This evidence was submitted prior to counsel for the appellant being permitted to cross-examine Detective Carr. At the close of Detective Carr's cross-examination, the Crown announced:

Your Honour, I am prepared—I have had an opportunity to consult with some senior police officers and I am prepared to call as a witness Dr. Alberto Sabatino, S-a-b-a-t-i-n-o, who is the head of the Mafia Unit of the Federal Italian Police and who is in Italy and who has had an opportunity to examine this document. It would be some day next week before I could have Dr. Sabatino here and I could advise Your Honour exactly when I could have him here and ask leave to call him.

To summarize the evidence in reference to the production of this document, it seems to me most apparent that the police officers and the Crown in a carefully considered procedure concealed from the appellant and his counsel the possession of this document, their view of the significance of the document, and their intention to use the document at the trial until the trial had proceeded for some time and then sprang the existence of that document on the counsel for the appellant when he was in an almost helpless position to meet its import.

How carefully the Crown's procedure had been worked out is demonstrated by the fact that the

[TRADUCTION] Ce n'était pas à moi de décider à ce moment; comme je le dis, je ne connaissais rien du contenu véritable [des notes manuscrites en italien]. J'avais une idée générale de leur teneur. Je n'ai jamais lu la traduction. En fait, je ne savais pas qu'elles avaient été traduites. Je ne connaissais rien de leur contenu véritable à l'exception de ce que j'ai déclaré ici aujourd'hui.

Au cours du procès, ledit manuscrit a fait l'objet de nombreux témoignages et il a été déposé comme pièce n° 5. L'essentiel de la dissidence du juge Arnup portait sur la question du manuscrit qui constitue d'ailleurs la principale question en litige devant cette Cour. Le manuscrit a été produit et identifié par le détective Carr et le sergent Dino Chiarot de la GRC a témoigné sous ce rapport. Chiarot, d'origine italienne, avait travaillé pendant cinq ans en Italie pour la GRC de concert avec le ministère de l'Immigration. Son témoignage sera examiné ci-dessous. Ce témoignage a été rendu avant que l'avocat de l'appelant ne puisse contre-interroger le détective Carr. À la fin du contre-interrogatoire du détective Carr, le ministère public a fait la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Votre Seigneurie, je suis prêt—j'ai eu l'occasion de m'entretenir avec certains agents supérieurs de la police et je suis prêt à citer comme témoin le Dr Alberto Sabatino, S-a-b-a-t-i-n-o, qui est le chef de la Section Mafia de la Police fédérale italienne. Il est en Italie et il a eu la chance d'examiner ce document. Le Dr Sabatino ne pourra pas se joindre à nous avant la semaine prochaine mais je vais aviser votre Seigneurie de la journée exacte où je compte l'amener ici et demander la permission de le citer comme témoin.

Pour résumer la preuve qui se rapporte à la production de ce document, il me semble très évident que les policiers et le ministère public se sont concertés pour cacher à l'appelant et à son avocat, jusqu'à ce que le procès soit déjà en cours depuis un certain temps, la possession de ce document, leur opinion quant à la portée de celui-ci et leur intention de l'utiliser au cours du procès, et tout cela dans le but de surprendre l'avocat de l'appelant en le confrontant avec ce document au moment où il se trouverait dans une position telle qu'il pourrait difficilement en contester la teneur.

Le soin pris par le ministère public pour établir cette procédure est démontré par le fait que le

Crown's first expert witness to prove the contents of the document and its import was Sergeant Chiarot of the RCMP but when it appeared that the learned trial judge was doubtful of the weight of that evidence, the Crown quickly undertook to produce the evidence of Dr. Sabatino, the expert from Italy, whom the Crown spoke of as having already been consulted. It is these circumstances which the court is called upon to consider on the question as to which leave to appeal was granted by the Order of this Court and which I have cited above. There was certainly utter surprise to the counsel for the appellant at the trial and the question would be very easy of decision had the trial proceeded at once without an opportunity to cure that surprise. That, however, did not occur.

The Crown was granted an adjournment from June 2, 1972, to June 12, 1972, and on the latter date counsel for the Crown stated to the learned trial judge that the defence had requested a further adjournment for the purpose of examining the document. The court convened again on June 26, 1972, and counsel for the appellant made a vain attempt to re-elect so that the trial should proceed before and judge a jury. Upon that application being refused, the trial proceeded on June 28, 1972, and Dr. Alberto Sabatino gave evidence for the Crown.

Counsel for the appellant then called only defence witness Professor Stanley Chandler, Chairman of the Department of Italian and Hispanic Studies of the University of Toronto. There may be some significance in the fact that Dr. Sabatino's evidence immediately preceded the evidence of Professor Chandler and it might well have been more efficient for the defence to have had an opportunity to go over Dr. Sabatino's evidence with its own expert Professor Chandler prior to Professor Chandler giving his evidence. However, counsel for the appellant in this Court made no issue of this point and on the other hand expressed himself as satisfied that the delay in the trial had permitted the defence adequate opportunity to prepare its case. Counsel for the appellant did argue that the failure to reveal the existence of

premier témoin expert qu'il a cité pour prouver la teneur du document et sa portée était le sergent Chiarot de la GRC, mais lorsque le savant juge du procès s'est montré incertain quant à la valeur de ce témoignage, le ministère public s'est rapidement engagé à produire le témoignage du Dr Sabatino, un expert d'Italie, qui, selon la déclaration du ministère public, avait déjà été consulté. Telles sont les circonstances que la cour doit considérer pour trancher la question que j'ai mentionnée précédemment et pour laquelle une autorisation d'appeler a été accordée en vertu d'une ordonnance de cette Cour. La surprise a certes été très grande pour l'avocat de l'appellant lors du procès et la question aurait été très facile à trancher si le procès avait immédiatement suivi son cours sans avoir donné l'occasion de corriger cette situation. Cependant, tel n'a pas été le cas.

Le ministère public a bénéficié d'un ajournement du 2 juin 1972 au 12 juin 1972, et à cette dernière date, le procureur du ministère public a déclaré au savant juge du procès que la défense avait demandé un autre ajournement dans le but d'examiner le document. Le tribunal siégea à nouveau le 26 juin 1972 et l'avocat de l'appellant tenta vainement de faire un nouveau choix afin que le procès se déroule devant un juge et un jury. Cette demande ayant été refusée, le procès reprit son cours le 28 juin 1972 et le Dr Alberto Sabatino témoigna pour le ministère public.

L'avocat de l'appellant ne cita alors comme témoin pour la défense que le professeur Stanley Chandler, le directeur du Département des études italiennes et hispaniques de l'Université de Toronto. Une certaine importance peut être attribuée au fait que le témoignage du Dr Sabatino a immédiatement précédé celui du professeur Chandler alors qu'il aurait peut-être été préférable pour la défense d'avoir eu l'occasion d'étudier le témoignage du Dr Sabatino avec le professeur Chandler avant que ce dernier ne témoigne. Mais l'avocat de l'appellant n'a pas soulevé ce point devant nous et il a d'ailleurs exprimé l'opinion que l'ajournement du procès lui avait permis de se préparer suffisamment. L'avocat de l'appellant a plaidé que le défaut de dévoiler l'existence de ce document au cours de l'enquête préliminaire ou

this document at the preliminary hearing or any conferences between counsel for the Crown and counsel for the appellant between the date of the preliminary hearing and the date of trial deprived such counsel of an opportunity to make an intelligent election as to the mode of trial and submitted most strenuously that had the defence been in possession of the knowledge that the document was to be introduced the defence would never have re-elected trial before a judge alone without a jury and that therefore the defence should have been granted its motion and permitted to reverse its re-election and go back to the forum to which the appellant had originally been committed for trial, that is, to a judge and jury.

As the learned trial judge pointed out in disposing of that application, such an order would, of course, have resulted in a mistrial after the trial had continued for some considerable time, and it is difficult to understand upon what legal basis this ground of appeal can be put.

As I have said, had there been any prejudice to the appellant by failure to allow him full answer and defence, I would have been of the opinion that a mistrial had resulted and would have been ready to have allowed the appeal and sent the matter back for a new trial. I am inclined to believe that the frank statement by counsel for the appellant has eliminated that possibility and unless there is some legal principle which requires the revelation of the whole case for the Crown to the accused or his counsel prior to the trial no order declaring a mistrial is possible. During the argument in appeal, many cases were discussed and also the writings and speeches of well-recognized legal experts.

The present Mr. Justice Martin of the Court of Appeal for Ontario in his 1955 Special Lecture to the Law Society of Upper Canada put the matter, I think, with respect, most accurately:

But notwithstanding the pronouncements of courts from time to time as to the duty of Crown counsel to adduce at the trial all evidence in his possession, favourable as well as unfavourable to the accused, there has been no case so far as I know that directly says it is the duty of Crown counsel to disclose or to adduce all his evidence at the preliminary hearing.

des entretiens qui eurent lieu entre la date de l'enquête préliminaire et la date du procès et qui impliquaient le procureur du ministère public et l'avocat de la défense, a privé ce dernier de l'occasion de faire un choix éclairé quant au mode de procès. De plus, il a vigoureusement allégué que si le défendeur avait su que le document allait être produit en cour, il n'aurait jamais fait un nouveau choix afin d'être jugé par un juge seul sans jury et que, par conséquent, la requête de la défense aurait dû être accueillie pour lui permettre de revenir à son choix original, à savoir d'être jugé par un juge et un jury.

Comme l'a souligné le savant juge du procès en disposant de cette requête, une telle ordonnance aurait évidemment entraîné un vice de procédure après un procès assez long. Il est difficile de concevoir le fondement juridique de ce moyen d'appel.

Comme je l'ai mentionné, si l'appellant avait subi un préjudice en ne lui permettant pas de présenter une défense complète, j'aurais été d'avis que cela aurait entraîné un vice de procédure et j'aurais été disposé à accueillir le pourvoi et à ordonner un nouveau procès. Je suis porté à croire que la déclaration franche de l'avocat de l'appellant a éliminé cette possibilité, et à moins qu'il n'existe un principe juridique quelconque qui exige que le ministère public dévoile, avant le début du procès, toute la preuve de l'accusation au prévenu ou à son avocat, il n'y a pas lieu de conclure à un vice de procédure. Au cours des plaidoiries en appel, il a été question de nombreux précédents et de propos d'éminents juristes.

M. le juge Martin, présentement de la Cour d'appel de l'Ontario, me semble avoir très bien exposé la question alors qu'il s'adressait, en 1955, aux membres de la Law Society of Upper Canada:

[TRADUCTION] Mais malgré les déclarations occasionnelles des cours relativement au devoir du procureur du ministère public de produire au cours du procès toute la preuve en sa possession, qu'elle soit favorable ou défavorable à l'accusé, à ma connaissance, il n'a jamais été dit expressément dans aucune décision qu'il est du devoir du procureur du ministère de dévoiler ou de produire toute sa preuve au cours de l'enquête préliminaire.

This I am ready to accept as a concise summary of the law. What was said to be the practice in the Province of Ontario was enunciated by Mr. W. B. Common, Q.C., then Director of Public Prosecutions for the province, when making a submission before the Joint Committee of the Senate and the House of Commons on Capital and Corporal Punishment when he said:

I might say for those members of the Committee who are unfamiliar with the procedure at a trial—and I am not going into technical matters—it will suffice to say this: that in all of the cases not only in capital cases but usually in all criminal cases there is complete disclosure by the prosecution of its case to the defence. To use a colloquialism, there are no “fast ones” pulled by the Crown. The defence does not have to disclose its case to the Crown. We do not ask it for a complete and full disclosure of the case. If there are statements by witnesses, statements of accused, the witness is supplied with copies, they know exactly what our case is, and there is nothing hidden or kept back or suppressed so that the accused person is taken by surprise at a trial by springing a surprise witness on him. In other words, I again emphasize the fact that every safeguard is provided by the Crown to ensure that an accused person, not only in capital cases but in every case receives and is assured of a fair and legal trial.

It is regrettable that the crown attorney in this particular prosecution seems to have paid scant attention to Mr. Commons' very well-known statement and I am of the opinion that it is not sufficient to toss the matter aside so casually as counsel for the Crown does in his factum to this Court in the words:

Although it is conceded that it may have been better under the circumstances of this case for the crown to have made pre-trial disclosure of the fact that the police had learned of the accused's possession of Exhibit #5,....

In my view, it is the duty of the court to be vigilant to assure itself that the appellant has had a fair trial and if the regrettable conduct of the prosecution, using that term to cover both the police and Crown counsel, ever results in unfairness then the court should act with decisiveness to reverse such unfairness. As I have said, in the present case, such unfairness has not been proved

Je suis disposé à accepter cette déclaration comme un résumé concis de l'état du droit applicable. Ce que l'on a qualifié de pratique actuellement suivie dans la province de l'Ontario a été définie par Me W. B. Common, c.r., alors directeur des poursuites publiques pour la province, lorsqu'il s'est adressé en ces termes au Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la peine capitale et les punitions corporelles:

[TRADUCTION] J'ajouterais, pour le bénéfice des membres du Comité qui ne sont pas au courant de la procédure,—et je n'entrerais pas dans des subtilités,—que dans toutes ces causes, non seulement les capitales mais d'ordinaire toutes les causes criminelles, la poursuite dévoile toute sa cause à la défense. Pour employer une expression familière, la Couronne ne cherche pas à «rouler» l'autre partie. La défense n'est pas tenue de dévoiler ses arguments à la Couronne. Nous ne lui demandons pas de découvrir toutes ses batteries. S'il y a des déclarations de témoins, des déclarations de l'accusé, le témoin en reçoit des copies. Ils connaissent exactement l'accusation que nous portons et il n'y a rien de caché, de retenu ou de supprimé qui puisse prendre l'accusé par surprise à un procès en faisant comparaître un témoin inattendu. Autrement dit, j'appuie encore sur le fait que toutes les sauvegardes sont fournies par la Couronne pour assurer, non seulement dans les causes capitales mais dans toutes les causes, que l'accusé ait un procès équitable et légal.

Il est regrettable que le procureur du ministère public dans la présente poursuite n'ait pas tenu compte de cette célèbre déclaration de Me Common et je suis d'avis que le ministère public ne peut écarter cette question aussi facilement lorsqu'il a dit à cette Cour, dans son factum:

[TRADUCTION] Bien qu'il ait peut-être été préférable, dans les circonstances de la présente cause, que le ministère public dévoile avant le début du procès le fait que la police savait que l'accusé était en possession de la pièce n° 5,...

À mon avis, il incombe aux tribunaux d'être vigilants afin de s'assurer que l'appelant a subi un procès équitable et si jamais le comportement de la poursuite, c'est-à-dire de la police et du procureur du ministère public, causait une injustice, alors les tribunaux devraient réagir avec fermeté afin de corriger cette injustice. Comme je l'ai déjà mentionné, une telle injustice n'a pas été prouvée en

and I cannot understand how the circumstances could be made the base for any right of further election as to the mode of trial.

This brings me to the consideration of the ground of appeal based upon dissenting reasons of Arnup J.A. in the Court of Appeal for Ontario, namely, that there was no evidence upon which the trial judge could find that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace. It was Arnup J.A.'s view that without ex. 5, the document written in Italian, the Crown had not made out a *prima facie* case that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace. In addition to the possession of that document, the trial judge, as Arnup J.A. points out, relied upon the following circumstances:

- (i) possession by the accused of six \$10 counterfeit bills,
- (ii) possession of a loaded pistol, on top of a wardrobe in his bedroom, in a box with eight additional rounds of ammunition,
- (iii) the accused had \$1,713 in cash in his trouser pocket.

In my view, none of those three circumstances, without Exhibit 5, could constitute a *prima facie* case for the conviction on the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace.

It is significant that the search for which the warrant was obtained was not in any way connected with counterfeiting or the possession of counterfeit money and the discovery of counterfeit money was a mere accident in the course of the search. There was utterly no evidence that the appellant had been in any way connected with counterfeiting or with the uttering of counterfeit money and there was no evidence of any kind that the appellant had been in any way connected with violence or with a crime of violence.

We therefore must turn to consider the admissibility and probative value of Exhibit 5. It has been assumed below that the document was found in the possession of the accused and therefore that, as put

l'espèce et je ne peux concevoir comment les présentes circonstances pourraient justifier l'exercice d'un nouveau choix.

Ceci m'amène à considérer le moyen d'appel fondé sur les motifs de la dissidence du juge Arnup de la Cour d'appel de l'Ontario, à savoir qu'aucune preuve ne permettait au juge du procès de conclure que l'arme était possédée dans un dessein dangereux pour la paix publique. Le juge Arnup était d'avis que sans la pièce n° 5, soit le manuscrit en italien, le ministère public n'avait pas apporté une preuve suffisante à première vue que l'arme était possédée dans un dessein dangereux pour la paix publique. Comme le souligne le juge Arnup, en plus de la possession de ce document, le juge du procès s'est fondé sur les circonstances suivantes:

- (i) la possession par l'accusé de six billets contrefaits de \$10,
- (ii) la possession d'un pistolet chargé, sur le dessus d'une armoire à linge dans sa chambre à coucher, dans une boîte qui contenait également huit cartouches additionnelles,
- (iii) l'accusé avait \$1,713 en argent comptant dans la poche de son pantalon.

A mon avis, aucune de ces trois circonstances ne pourrait constituer, sans la pièce n° 5, une preuve suffisante à première vue pouvant entraîner une déclaration de culpabilité suite à une accusation de possession d'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Il est important de noter que la perquisition pour laquelle le mandat avait été obtenu n'était aucunement reliée à la contrefaçon ou à la possession de monnaie contrefaite, et ce n'est qu'accidentellement que l'on a découvert de la monnaie contrefaite au cours de cette perquisition. Il n'y avait absolument aucune preuve que l'appellant avait été associé de quelque manière que ce soit à de la contrefaçon et il n'y avait également aucune preuve que l'appellant était associé d'une quelconque façon à un acte ou à un crime de violence.

Par conséquent, nous devons maintenant examiner la recevabilité et la valeur probante de la pièce n° 5. Les tribunaux d'instance inférieure ont présumé que le document avait été trouvé en la

by the Chief Justice of Ontario in giving the majority reasons, "the finding of a document of the nature of exhibit five is *prima facie* evidence against him". Surely the finding of the document itself is not sufficient and it must have been found in the possession of the accused. Was it found in his possession?

The appellant was born in Calabria but so were thousands of other residents in Metropolitan Toronto. The document is in the Italian language, or perhaps more particularly, as I shall discuss later, in an Italian dialect, and Calabria is a district in Italy. The document was found in the form of sheets of notepaper written by hand in a dialect and contained in a plastic container together with household bills on the first shelf of a cupboard in the kitchen of a house occupied by the appellant.

The appellant was confronted with each of the other items taken by the police officers from the appellant's residence and was questioned in reference thereto. He was not confronted with this ex. 5. It was never mentioned to him and the record contains no statement from either the appellant or anyone else in his family or anyone who could be said to be connected with him in any way indicating the appellant's knowledge of that document.

Under the common law in civil cases, it has been determined, although not invariably, that one was in possession of whatever was physically in premises occupied by him whether he knew or not of even the existence of such chattels: *South Staffordshire Water Company v. Sharman*². Surely, however, when it is sought to draw an inference of "connection with criminal activity", to again use the words of the Chief Justice of Ontario, a much more appropriate test of possession is that found in the *Criminal Code*.

Section 3, subsection (4), of the *Criminal Code* provides:

3. (4) For the purposes of this Act,

² [1896] 2 Q.B. 44.

possession de l'accusé de sorte que, comme l'a formulé le Juge en chef de l'Ontario alors qu'il exposait les motifs de la majorité, [TRADUCTION] «de fait d'avoir trouvé un document du genre de la pièce n° 5 constitue une preuve suffisante contre lui». Il n'y a aucun doute que la seule découverte du document ne suffit pas: il doit avoir été trouvé en la possession de l'accusé. A-t-il été trouvé en sa possession?

L'appelant est né en Calabre tout comme des milliers d'autres résidents de la région métropolitaine de Toronto. Le document est écrit en italien ou plus précisément, comme nous le verrons tantôt, en dialecte italien, et la Calabre est une région de l'Italie. Le document a été trouvé sous la forme de feuilles de papier manuscrites, en dialecte, qui étaient insérées dans une enveloppe en plastique avec des factures diverses et que l'on a découvert sur la première tablette d'une armoire de cuisine dans une maison habitée par l'appelant.

L'appelant a été mis en présence de chacun des autres objets saisis dans sa demeure par les policiers et il a été interrogé à leur sujet. Il n'a pas été mis en présence de la pièce n° 5. On ne lui en a jamais mentionné l'existence et le dossier ne contient aucune déclaration soit de l'appelant ou d'un membre de sa famille ou d'une personne associée d'une quelconque façon avec lui indiquant qu'il était au courant de ce document.

Selon le droit commun applicable aux matières civiles, il est établi, mais non sans exception, qu'un individu est en possession de tout ce qui se trouve physiquement sur les lieux qu'il occupe peu importe qu'il soit au courant ou non de l'existence des biens en question: *South Staffordshire Water Company v. Sharman*². Cependant, lorsque l'on cherche à déduire qu'il existe une [TRADUCTION] «association avec une activité criminelle», pour reprendre les termes du Juge en chef de l'Ontario, le critère de la possession énoncé dans le *Code criminel* est beaucoup plus approprié.

Le paragraphe 4 de l'art. 3 du *Code criminel* prévoit:

3. (4) Aux fins de la présente loi,

² [1896] 2 Q.B. 44.

(a) a person has anything in possession when he has it in his personal possession or knowingly

(i) has it in the actual possession or custody of another person, or

(ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; and

(b) where one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest, has anything in his custody or possession, it shall be deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

To find a person in possession by that section, it must be shown that he had the article in his personal possession, and here it was not, or knowingly had it in any place whether or not that place belongs to or is occupied by him for the use or benefit of himself or another person. As I have said, despite the fact there was opportunity to obtain that evidence had the police chosen to do so, there was in fact no evidence that the appellant had the document knowingly in any place, and I am, therefore, of the opinion that the Crown failed to prove that this document was in the possession of the appellant.

It would be sufficient to dispose of the appeal upon this basis. It is not a case of an article found in some place which is in the sole custody of an accused person, for instance, his own bedroom drawer and where the accused simply denies knowledge of it; there would be many circumstances which would permit a court to disbelieve such denial of knowledge. Here, there was no attempt to find out from the appellant whether he knew of the existence of the document and the document was not in his personal room or clothes but was in the kitchen evidently quite casually stored with household accounts. The much more natural tie-up of possession would be with the appellant's wife and not with the appellant. To put it briefly, I am of the opinion that the police procedure upon the discovery of this document defeated the police from being able to show that it was in the appellant's possession. This view would itself be sufficient to allow the appeal because, as I

a) une personne est en possession d'une chose lorsqu'elle l'a en sa possession personnelle ou que, sciemment,

(i) elle l'a en la possession ou garde réelle d'une autre personne, ou

(ii) elle l'a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne; et

b) lorsqu'une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l'autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose est censée sous la garde et en la possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

Pour conclure qu'une personne est en possession aux termes de cet article, il faut prouver qu'elle avait l'objet en sa possession personnelle, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, ou que, sciemment, elle l'avait en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne. Comme je l'ai mentionné, malgré le fait que la police ait eu l'occasion de faire cette preuve si elle avait voulu la faire, il n'existe en réalité aucune preuve que l'appelant avait sciemment le document en sa possession en un lieu quelconque. Par conséquent, je suis d'avis que le ministère public n'a pas réussi à prouver que l'appelant était en possession de ce document.

Sur cette base, il serait possible de disposer du présent pourvoi. Il ne s'agit pas d'une cause où un objet a été découvert dans un lieu dont seul l'accusé a la garde, comme par exemple son tiroir de l'armoire dans sa chambre à coucher, et où l'accusé nie tout simplement en avoir connaissance; il y aurait alors plusieurs circonstances qui justifieraient le refus du tribunal de croire à une telle dénégation. En l'espèce, aucun effort n'a été fait pour s'enquérir auprès de l'appelant s'il était au courant de l'existence du document et celui-ci n'a été trouvé ni dans la chambre ni dans les vêtements de l'appelant, mais plutôt dans la cuisine, parmi des factures diverses. En fait, il semblerait plus régulier d'imputer la possession du document à l'épouse de l'appelant plutôt qu'à ce dernier. En résumé, je suis d'avis que la façon d'agir des policiers lors de la découverte de ce document les empêche de prouver la possession de ce document par l'appelant. Cette opinion pourrait d'elle-même

have said, if the document was not proved to be in the appellant's possession then the existence of that document could not be added to the other circumstances which I have cited above. Therefore, there certainly could be no *prima facie* case for a conviction upon the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace.

Moreover, even if this document should be held to be legally in the possession of the appellant in such circumstances as would permit an inference of his knowledge of the contents, then a further problem arises as to whether it is admissible to prove that the appellant's possession of the pistol was for a purpose dangerous to the public peace. Sergeant Chiarot and Dr. Sabatino described the document, one might summarize, as being the constitution and rituals of a secret society in Italy which preached and practised violence. The Crown relied particularly upon the evidence of a recognized expert, Dr. Sabatino, who would appear to have been a very senior officer in the criminal police of Italy and a director within its Mafia investigation services. Dr. Sabatino's evidence was extremely lengthy, both in chief and in cross-examination, but since the whole purpose for the calling of this evidence was to show that a person in the possession of that document must have some connection with that secret criminal organization in Italy, his answer on the specific point should be considered. He was asked this question by the Crown:

Q. Have you been able to form an opinion as to the position of the person who would be in possession of a document such as Exhibit 5?

After objection and argument, the questioning continued:

BY THE CROWN: Q. Well, just answer "yes" or "no", first of all, Doctor Sabatino. Have you been able to come to such an opinion?

A. On what, sir?

Q. The position of the person who would be in possession of Exhibit 5?

A. Yes.

justifier l'accueil du présent pourvoi car, comme je l'ai mentionné, s'il n'est pas prouvé que l'appellant était en possession du document, alors l'existence de ce dernier ne peut être ajoutée aux autres circonstances exposées précédemment. Par conséquent, il n'existe assurément aucune preuve suffisante à première vue qui pourrait entraîner une déclaration de culpabilité pour une accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

De plus, même si l'on décidait que ce document était légalement en la possession de l'appellant de façon à nous permettre de déduire qu'il en connaissait le contenu, un nouveau problème surgirait, soit celui de la recevabilité de la preuve que l'appellant avait le pistolet en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Le sergent Chiarot et le Dr Sabatino ont décrit le document comme étant la constitution et les rites d'une société secrète italienne qui prêchait la violence et qui s'y adonnait. Le ministère public s'est appuyé surtout sur le témoignage d'un expert reconnu, le Dr Sabatino, qui était, semble-t-il, un haut fonctionnaire de la police criminelle italienne et un directeur du service des enquêtes sur la Mafia. Le témoignage du Dr Sabatino fut très long, tant à l'interrogatoire principal qu'en contre-interrogatoire, mais il faut tenir compte de ses réponses sur certains points précis puisque son témoignage visait uniquement à démontrer que la personne en possession dudit document devait être reliée à l'organisation criminelle secrète italienne en question. Le ministère public lui a posé cette question:

[TRADUCTION] Q. Avez-vous été en mesure de vous forger une opinion sur l'individu qui serait en possession d'un document tel que la pièce N° 5?

Après objection et discussion, l'interrogatoire se poursuit:

[TRADUCTION] PAR LE MINISTÈRE PUBLIC: Q. Bon, avant tout, répondez seulement «oui» ou «non», Dr Sabatino. Avez-vous été en mesure de vous forger une opinion là-dessus?

R. Sur quoi, monsieur?

Q. Sur l'individu qui serait en possession de la pièce N° 5?

R. Oui.

Q. Now, upon what did you base that opinion?

A. I would base it on two fundamental motives. First of all, I would see if the person has possession of this code, whether he would have it for professional reasons because a person that studies sociology, or newspaper man or a police officer, excluding all this, then I would examine the code in relation to the other elements. To the places that the subject frequents as far as consummations of crimes, etc. Then I would form an opinion as far as that person that he does belong to the Mafia.

Q. Would the question of whether or not, for example, an unauthorized firearm found in the same house—

Objection and argument.

Q. Doctor Sabatino, assuming it were a fact, would the fact that an unauthorized firearm was found in the same home as Exhibit number 5 have any bearing upon your opinion regarding the position of the person who had possession of Exhibit 5?

A. In Italy, my duty is not to adjudicate but as far as a Magistrate calling the attention of the Magistrate in this respect, in the presence of the codice and the arm, there are two things I would consider—

THE COURT: We are wasting time, I think Mr. Armstrong.

THE CROWN: Sorry, Your Honour?

THE COURT: I say I think we are wasting time.

THE CROWN: I thought he was about to —

THE COURT: Well, is the answer coming?

THE INTERPRETER: I was just—one more word, Your Honour.

THE WITNESS: I would consider it the same thing.

BY THE CROWN: Q. I am sorry?

A. Having the gun in the same house where this document was found, I would consider the same thing but it is up to the Magistrate to decide in it.

BY THE COURT: Well, Doctor, you say you have studied the methods and organization of the Mafia?

A. Yes, sir.

Q. Well, are there ranks within the Mafia?

A. Yes.

Q. Maintenant, sur quoi fondez-vous cette opinion?

R. Je la fonderais sur deux motifs principaux. Premièrement, il faudrait vérifier si la personne avait des raisons professionnelles d'avoir ce code en sa possession, soit parce qu'elle étudie la sociologie ou parce qu'elle est journaliste ou policier. Si tel n'est pas le cas, il faudrait alors envisager la possession de ce code à la lumière d'autres éléments, tels que les endroits fréquentés par le sujet et les activités criminelles qui s'y déroulent, etc. Je serais alors en mesure de me forger une opinion quant à son appartenance à la Mafia.

Q. Est-ce que la question de savoir si oui ou non, par exemple, une arme prohibée est trouvée dans la même maison—

Objection et discussion.

Q. Dr Sabatino, en supposant que ce soit un fait, est-ce que le fait d'avoir trouvé une arme non autorisée dans la même maison où a été trouvée la pièce N° 5 influe de quelque façon sur votre opinion de l'individu qui était en possession de la pièce N° 5?

R. En Italie, ce n'est pas à moi de juger mais pour ce qui est du magistrat, pour attirer son attention à cet égard, si j'étais mis en présence du code et de l'arme, il y a deux choses que je considérerais...

LA COUR: Nous perdons du temps, je crois, M. Armstrong.

LE MINISTÈRE PUBLIC: Pardon, votre Seigneurie?

LA COUR: Je dis que nous perdons du temps.

LE MINISTÈRE PUBLIC: Je croyais qu'il était sur le point de—

LA COUR: Bon, va-t-il répondre?

L'INTERPRÈTE: J'étais justement—quelques mots encore, votre Seigneurie.

LE TÉMOIN: Pour moi cela ne change rien.

PAR LE MINISTÈRE PUBLIC: Q. Pardon?

R. Avoir le pistolet dans la même maison où a été trouvé ce document, pour moi cela ne change rien mais c'est au magistrat qu'il appartient de se prononcer là-dessus.

PAR LA COUR: Bon, vous avez dit docteur que vous avez étudié les méthodes et l'organisation de la Mafia?

R. Oui, monsieur.

Q. Bon, existe-t-il des rangs à l'intérieur de la Mafia?

R. Oui.

Q. You mean you have the men that do the work and others that give orders and directions?

A. Yes. Yes, It would be like a pyramid, sir.

Q. Well, are the workers not allowed to bear arms or have this type of document in their possession?

A. As far as these documents, sir, I have the impression that there is few in circulation. During my activity either through the personnel or my own knowledge, we have followed hundreds of searchings or thousands of searchings during the period of ten years and we have only found few, very few, of similar codes. There are copies that might be around but not many.

As far as we are concerned, this is not a fundamental element. Depends on what crime that person has done; a Mafiosa crime or what. First of all, extortion, sir.

Arnup J.A. summarized that answer in these words:

I do not find in it any testimony justifying a finding that without any external evidence linking the accused to the organization or to some kind of activity in which the organization engages, the mere possession of this very rare document gives rise to an inference of "connection" with the organization.

As I read his evidence this witness testified to the contrary effect.

I am in complete agreement with Arnup J.A.'s statement and I think that the testimony of Dr. Sabatino must be considered in the light of the evidence given for the defence by Professor Chandler. It is true that the learned trial judge found that Professor Chandler's evidence was not of much assistance to him and that such evidence seemed entirely divorced from reality but that evidence, being a matter of expert opinion in no way dependent on credibility, may be assessed as well by this Court as by the learned trial judge and that evidence, I think, demonstrated quite conclusively that the document, if it were the constitution and rituals of a secret organization and not a mere collection of antiquities from various sources many of which were designated by Professor Chandler, was a constitution and set of rituals of an organization which flourished in Naples and not in Calabria and which died after a historic trial in

Q. Vous voulez dire qu'il y a des hommes qui exécutent le travail alors que d'autres donnent les ordres et les directives?

R. Oui. Oui. Cela ressemble à une pyramide, monsieur.

Q. Bon, est-ce que l'on permet aux travailleurs de porter des armes ou d'avoir en leur possession ce genre de document?

R. Concernant ces documents, monsieur, j'ai l'impression qu'il y en a très peu en circulation. Mes agents et moi-même avons effectué des centaines sinon des milliers de perquisitions au cours d'une période de dix ans et nous n'avons trouvé qu'un très petit nombre de codes semblables. Il peut en exister des copies mais un nombre très minime seulement.

En ce qui nous concerne, il ne s'agit pas d'un élément très important. Tout dépend du crime que la personne a commis; un crime relié ou non à la Mafia. En premier lieu, l'extorsion, monsieur.

Le juge Arnup a résumé cette réponse en ces mots:

[TRADUCTION] Je n'y vois aucune preuve qui permet de conclure qu'en l'absence de preuves extrinsèques qui relieraient l'accusé à l'organisation ou à une activité de cette dernière, la simple possession de ce rarissime document peut permettre de faire un «lien» avec cette organisation.

A la lecture de ce témoignage, il me semble avoir un effet contraire.

Je suis entièrement d'accord avec la déclaration du juge Arnup et je crois que le témoignage du Dr Sabatino doit être considéré à la lumière de celui déposé par le professeur Chandler au nom de la défense. Il est vrai que le savant juge du procès a conclu que le témoignage du professeur Chandler lui avait été peu utile et que ce témoignage lui semblait complètement détaché de la réalité mais puisqu'il s'agit du témoignage d'un expert où la crédibilité n'est pas un facteur, il peut être apprécié aussi bien par cette Cour que par le juge du procès, et je crois que ce témoignage prouve de façon concluante que le document, s'il s'agit bien de la constitution et des rites d'une organisation secrète et non une simple collection d'antiquités de sources diverses dont plusieurs ont été identifiées par le professeur Chandler, consistait en la constitution et en l'ensemble des rites d'une organisation qui prit de l'ampleur à Naples et non en Calabre et

1912—60 years before the document was found in the residence of the appellant. I cannot imagine a more fragile ground for an argument that the appellant was linked with some unnamed and unoutlined criminal organization. If there were some modern day, or, more properly, 19th Century Viking writers, would one's possession of some of the sagas show that he had not a mere antiquarian interest in ancient forebears but an active membership in a present day collection of criminals? How can this slim evidence constitute proof beyond reasonable doubt? To merely state the proposition is to disprove it.

For this reason, even if Exhibit 5 had been proved to be in the possession of the appellant, then I am of the opinion that it has no probative value to show that the appellant possessed this weapon for a purpose dangerous to the public peace. Therefore, I am in agreement with Arnup J.A. that the Crown has not proved a *prima facie* case upon the charge.

In view of the fact that without this evidence there is nothing upon which the Crown could base the charge, I would allow the appeal upon this count and not merely grant a new trial but direct an acquittal.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—Appellant was convicted at Toronto, on June 30, 1972, by His Honour Judge Moore of the following charges:

- (1) possession, without lawful justification or excuse, of six counterfeit Bank of Canada \$10 notes, contrary to the Criminal Code, section 408;
- (2) possession of a weapon, to wit, a .25 calibre pistol for a purpose dangerous to the public peace, contrary to the Criminal Code, section 83;
- (3) possession of a restricted weapon, to wit, a .25 calibre pistol for which he did not have a registration certificate issued to him, contrary to the Criminal Code, section 91.

qui s'éteignit après un procès historique en 1912—60 ans avant que le document ne soit découvert dans la demeure de l'appellant. Je ne puis imaginer un fondement d'argument plus fragile que celui voulant que l'appellant soit relié à une organisation criminelle vague et inconnue. S'il y avait de nos jours des écrivains Viking ou, encore mieux, s'il y en avait eus au 19^{ième} siècle, est-ce que le fait qu'un individu possède quelques-unes de ces sagas démontre non pas un intérêt pour les choses anciennes mais plutôt son association avec un groupe de criminels d'aujourd'hui? Comment une preuve aussi mince peut-elle constituer une preuve hors de tout doute raisonnable? La simple énonciation de cette proposition entraîne son rejet.

Pour ce motif, même si l'on avait prouvé que la pièce n° 5 était en la possession de l'appellant, je suis d'avis qu'elle ne possède aucune valeur probante pour démontrer que l'appellant avait cette arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Par conséquent, je partage l'avis du juge Arnup que le ministère public n'a pas présenté une preuve suffisante à première vue à l'égard de l'accusation en question.

Puisque sans cette preuve l'accusation formulée par le ministère public devient sans fondement, j'accueillerais le pourvoi interjeté à l'encontre de ce chef d'accusation et j'ordonnerais non pas un nouveau procès mais un verdict d'acquiescement.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Le 30 juin 1972, à Toronto, son honneur le juge Moore a déclaré l'appellant coupable des accusations suivantes:

- (1) possession, sans justification ou excuse légitime, de six billets contrefaits de \$10 de la Banque du Canada, contrairement aux dispositions de l'article 408 du Code criminel;
- (2) possession d'une arme, à savoir un pistolet de calibre .25, dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement aux dispositions de l'article 83 du Code criminel;
- (3) possession d'une arme à autorisation restreinte, à savoir un pistolet de calibre .25, pour laquelle il n'avait pas de certificat d'enregistrement émis en sa faveur, contrairement aux dispositions de l'article 91 du Code criminel.

Following these convictions, sentence was passed as follows:

- (1) Twelve months;
- (2) Six months, to be served consecutively to the previous sentence;
- (3) \$150 or, in the alternative, two weeks imprisonment consecutive to the terms previously referred to.

The Court of Appeal was unanimous in dismissing the appellant's appeal with respect to counts 1 and 3. It is to be noted that, as to count 3, appellant had pleaded guilty at the trial but had argued that the introduction of exhibit 5, of which more later, vitiated the whole trial.

Before we turn to the examination of count 2, which is the only one at issue before this Court, it should be noted that appellant's wife, Rosa Caccamo, had been convicted with him of possession of counterfeit money, a conviction unanimously set aside by the Court of Appeal which directed that a verdict of acquittal be entered in her case.

To establish that the possession by appellant of a .25 calibre pistol was for a purpose dangerous to the public peace, the Crown relied on the following circumstances which were accepted by the trial judge:

- (1) the possession by the accused of the six \$10 counterfeit bills which were the basis of the conviction under count 1;
- (2) the possession of a loaded pistol on top of a wardrobe in his bedroom, in a box with eight additional rounds of ammunition, which was the basis of the conviction under count 3;
- (3) the possession by the accused in his trouser pocket of \$1,713 in cash;
- (4) the discovery on the first shelf of a kitchen cupboard of handwritten notes in Italian which were filed as exhibit 5.

The circumstances of this discovery and the impact of those notes on the case are summarized

A la suite de ces déclarations de culpabilité, la sentence suivante a été prononcée:

- (1) Douze mois;
- (2) Six mois, peine à être purgée consécutivement à la sentence précédente;
- (3) \$150 ou deux semaines d'emprisonnement à être purgées consécutivement aux périodes mentionnées précédemment.

Au regard des chefs d'accusation 1 et 3, la Cour d'appel a unanimement rejeté l'appel de l'appellant. Relativement au 3^{ième} chef d'accusation, il faut souligner que l'appellant avait plaidé coupable lors du procès mais qu'il avait fait valoir que le dépôt de la pièce 5, dont nous reparlerons plus loin, avait vicié tout le procès.

Avant d'examiner le 2^{ième} chef d'accusation, le seul en litige devant cette Cour, il convient de noter que Rosa Caccamo, l'épouse de l'appellant, avait été déclarée coupable avec lui de possession de monnaie contrefaite mais que cette déclaration de culpabilité a été unanimement infirmée par la Cour d'appel qui a ordonné qu'un verdict d'acquiescement soit rendu à son égard.

Afin de démontrer que l'appellant avait en sa possession un pistolet de calibre .25 dans un dessein dangereux pour la paix publique, le ministère public s'est appuyé sur les circonstances suivantes qui ont été admises par le juge du procès:

- (1) la possession par l'accusé de six billets contrefaits de \$10 d'où la déclaration de culpabilité sous le 1^{er} chef d'accusation;
- (2) la possession d'un pistolet chargé, trouvé dans sa chambre à coucher, sur le dessus d'une armoire à linge dans une boîte avec huit cartouches additionnelles, d'où la déclaration de culpabilité sous le 3^{ième} chef d'accusation;
- (3) la possession par l'accusé, dans la poche de son pantalon, de la somme de \$1,713 en argent comptant;
- (4) la découverte, sur la première tablette d'une armoire de cuisine, de notes manuscrites en italien qui ont été déposées comme pièce n° 5.

Les circonstances de cette découverte ainsi que l'impact de ces notes sur la présente affaire ont été

by Gale, C.J.O., whose judgment is reported at 11 C.C.C. (2d) 249 (p. 253):

The accused's house was searched by the police pursuant to a warrant alleging that certain firearms were suspected of being present there. During that search, the counterfeit money and a .25-calibre pistol were both found in the dresser in the accused's bedroom. In a kitchen cupboard, the police also found the handwritten notes, in Italian, which at the trial became ex. 5. They seized the notes without the appellant's knowledge and without asking him for any explanation as to what they were. At trial, the Crown introduced the notes as an exhibit and called two expert witnesses to explain their significance and meaning. One witness was an R.C.M.P. officer with extensive experience in Italy as an assistant to Canadian immigration officials, which duties had given him knowledge of the workings of secret criminal organizations in Italy. The other witness, one Dr. Alberto Sabatino, was a senior Italian police official, with special knowledge of secret criminal organizations, such as the Mafia. Both men indicated that the document seized in the appellant's home was a type of constitution of a secret Italian criminal organization related to the Mafia and that anyone in possession of it almost certainly had to belong to the organization. The defence also called an expert witness, a Dr. Chandler, who stated that the organization described in the document was virtually extinct since 1912 and had no relationship to the Mafia. The Crown tendered this evidence, of which the defence had no prior notice, as relevant to the issue of whether the accused's possession of the pistol was for a purpose dangerous to the public peace.

As to count 2, the question was expressed in the following terms by Gale, C.J.O., at p. 254:

Did the mere possession of ex. 5 by the male accused so connect him with the organization about which it is written as to permit the inference that his possession of the gun was for a purpose dangerous to the public peace?

An affirmative answer was given to that question by a majority of the Court, the dissenting view of

résumés par le juge en chef Gale, de la Cour d'appel de l'Ontario, dont le jugement a été publié à 11 C.C.C. (2d) 249 (p. 253):

[TRADUCTION] La maison de l'accusé a été fouillée par la police en exécution d'un mandat qui faisait état de certaines armes à feu dont on soupçonnait la présence à cet endroit. Lors de cette perquisition, la monnaie contrefaite et le pistolet de calibre .25 ont été trouvés dans la commode dans la chambre à coucher de l'accusé. Dans une armoire de cuisine, la police a également trouvé des notes manuscrites, en italien, qui ont été déposées au procès comme pièce N° 5. Ces notes ont été saisies à l'insu de l'appelant et sans qu'on lui demande aucune explication sur la nature de celles-ci. Au cours du procès, le ministère public a déposé ces notes comme pièce à conviction et a appelé deux témoins experts pour qu'ils en expliquent l'importance et la signification. Un de ces témoins était un agent de la G.R.C. qui connaissait très bien l'Italie pour y avoir vécu alors qu'il occupait les fonctions d'adjoint aux agents d'immigration du Canada, lesquelles fonctions lui ont permis de se familiariser avec le fonctionnement des organisations criminelles secrètes en Italie. L'autre témoin, un certain Dr. Alberto Sabatino, était un fonctionnaire supérieur de la police italienne et un spécialiste des organisations criminelles secrètes telles que la Mafia. Les deux témoins ont indiqué que le document saisi dans la maison de l'appelant était un genre de constitution d'une organisation criminelle secrète italienne apparentée à la Mafia et qu'une personne ayant en sa possession un tel document devait presque à coup sûr appartenir à cette organisation. La défense a également appelé un témoin expert, un certain Dr. Chandler, qui a déclaré que l'organisation décrite dans le document n'existait plus pour ainsi dire depuis 1912 et qu'elle n'était pas apparentée à la Mafia. Le ministère public a soumis cette preuve, sans que la défense n'en ait été avisée au préalable, dans le but de démontrer que l'accusé avait le pistolet en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Relativement au 2^{ième} chef d'accusation, le juge en chef Gale a formulé en ces mots la question litigieuse, à la p. 254:

[TRADUCTION] Est-ce que la simple possession de la pièce N° 5 par l'accusé masculin le relie à tel point à l'organisation décrite dans cette pièce, que l'on puisse conclure qu'il avait le revolver en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique?

La majorité de la Cour d'appel a répondu affirmativement à cette question et le juge Arnup a for-

Arnup J. being expressed in the following terms in the Order of February 14, 1973:

there was no evidence upon which the trial judge could find that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace.

On the basis of that dissent, an appeal as of right was entered by appellant upon which the Crown moved to quash the appeal for lack of jurisdiction on the ground that there was no dissent in the Court of Appeal on a question of law. This application to quash was dismissed by five judges of this Court on April 30, 1973, without reasons.

While the question of jurisdiction has not been pressed before us, I wish to underline that on the sole basis of the reasons for judgment delivered by Arnup J., I would hesitate to recognize that we have jurisdiction as of right, his reasons appearing to go to the weight of the evidence and not to its non-existence. Should these reasons be considered as having been completed by the Order of February 14, 1973, so as to bring into play the classic distinction between "no evidence" and "insufficient evidence", expressed again in two recent decisions of this Court: *R. v. Caouette*³; *Parnerkar v. The Queen*⁴?

I am strongly inclined to the view that the thinking of Arnup J. is to be found in his reasons and not in the Order and that accordingly we have no jurisdiction as of right. Be that as it may, I am ready to adopt the pragmatic approach taken by this Court in *Steinberg v. The King*⁵ and to examine the merits of the admissibility of exhibit 5.

In the case at bar, there is a second point at issue by special leave of this Court, namely the following question of law:

Did the failure of the Crown to disclose to the defence the existence of exhibit 5 until after the trial had commenced constitute a miscarriage of justice?

I—Admissibility of exhibit 5

The Crown, of course, had the burden of proving that the exhibit in question had been found in

mulé son opinion dissidente comme suit dans l'ordonnance du 14 février 1973:

[TRADUCTION] aucune preuve ne permettait au juge du procès de conclure que l'arme était possédée dans un dessein dangereux pour la paix publique.

En se fondant sur cette dissidence, l'appelant a interjeté de plein droit un pourvoi que le ministère public a cherché à faire annuler pour défaut de juridiction en alléguant que la dissidence en Cour d'appel ne portait pas sur une question de droit. Le 30 avril 1973, cinq juges de cette Cour rejetaient sans motif cette requête en annulation.

Bien que l'on n'ait pas insisté devant nous sur la question de juridiction, je désire souligner qu'en me fondant uniquement sur les motifs de jugement exprimés par le juge Arnup, j'hésiterais à reconnaître que nous avons juridiction de plein droit, car ses motifs semblent porter sur le poids de la preuve et non sur son absence. Doit-on considérer ces motifs comme ayant été complétés par l'ordonnance du 14 février 1973 de façon à mettre en jeu la distinction classique entre «l'absence de preuve» et «l'insuffisance de preuve» qui a été de nouveau énoncée dans deux arrêts récents de cette Cour: *R. c. Caouette*³, *Parnerkar c. La Reine*⁴?

Je suis fortement d'avis que le raisonnement du juge Arnup est contenu dans ses motifs et non dans l'ordonnance et que, par conséquent, nous n'avons pas juridiction de plein droit. Quoi qu'il en soit, je suis prêt à adopter la méthode pragmatique utilisée par cette Cour dans *Steinberg c. Le Roi*⁵ et à examiner le bien-fondé de l'admissibilité de la pièce n° 5.

Sur permission spéciale de cette Cour, un second point litigieux doit être examiné en l'espèce, à savoir la question de droit suivante:

Est-ce que le défaut par le ministère public de divulguer à la défense l'existence de la pièce n° 5 avant le début du procès a constitué une erreur judiciaire grave?

I—Admissibilité de la pièce n° 5

Naturellement, il incombait au ministère public de prouver que la pièce en question avait été

³ [1973] S.C.R. 859.

⁴ [1974] S.C.R. 449.

⁵ [1931] S.C.R. 421.

³ [1973] R.C.S. 859.

⁴ [1974] R.C.S. 449.

⁵ [1931] R.C.S. 421.

the possession of the appellant. The courts below undoubtedly came to the conclusion that this point had been established because all of the judges examined the question of admissibility in the light of such a possession. Indeed, Arnup J., in his dissent, writes that "the mere possession of the document" does not connect the accused with the mafia organization. Such concurrent findings in the courts below cannot be the result of an oversight considering that the provisions of s. 3(4) of the *Criminal Code* had been argued at length in connection with another aspect of the case.

In the circumstances, appellant cannot succeed on this ground. The possession of s. 3(4) of the *Criminal Code* is a question of fact capable of proof by inference. The courts below having reached a unanimous conclusion on that basis the matter must end there, because the facts proved are sufficient to support that inference.

It is not necessary therefore to invoke in support of the conclusion that the appellant was in possession of exhibit 5 the principle that "when a husband and wife live together, it is a presumption of law that the husband is in possession and control of the premises in which they reside". See *R. v. Lawson*⁶, (British Columbia Court of Appeal); *R. v. Mandzuk*⁷, (British Columbia Court of Appeal); *R. v. Tokarek*⁸ (British Columbia Court of Appeal).

Possession of exhibit 5 by appellant having been established, it remains to be seen whether, in the circumstances, the mere possession of a document of this sort, in the absence of further evidence connecting the appellant with a criminal organization, did in law entitle the magistrate to draw the inference that appellant was a member of such organization and therefore had possession of the weapon for a purpose dangerous to the public peace. In my view, this submission has been answered fully by the majority in the Court of

trouvée en possession de l'appellant. Les cours d'instance inférieure ont indubitablement conclu que ce point avait été prouvé parce que tous les juges ont étudié la question de l'admissibilité à la lumière d'une telle possession. En effet, dans ses motifs de dissidence, le juge Arnup écrit que [TRADUCTION] «la simple possession du document» ne relie pas l'accusé à la Mafia. De pareilles conclusions concordantes en cour de première instance et en cour d'appel ne peuvent résulter d'une inadvertance puisque les dispositions du par. (4) de l'art. 3 du *Code criminel* avaient été longuement plaidées relativement à un autre aspect de la cause.

Dans les circonstances, l'appellant ne peut avoir gain de cause sur ce point. La possession au sens du par. (4) de l'art. 3 du *Code criminel* est une question de fait que l'on peut prouver par déduction. La conclusion des tribunaux d'instance inférieure ayant été unanime sur cette base, l'affaire doit s'arrêter là car les faits prouvés suffisent à appuyer cette déduction.

Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'invoquer à l'appui de la conclusion que l'appellant était en possession de la pièce n° 5 le principe voulant que [TRADUCTION] «lorsque les conjoints vivent sous le même toit, il existe une présomption légale que l'époux a la possession et le contrôle des lieux de leur résidence». Voir *R. v. Lawson*⁶, (Cour d'appel de la Colombie-Britannique); *R. v. Mandzuk*⁷, (Cour d'appel de la Colombie-Britannique); *R. v. Tokarek*⁸ (Cour d'appel de la Colombie-Britannique).

La possession de la pièce n° 5 par l'appellant ayant été établie, il reste à voir si, dans les circonstances, la simple possession d'un tel document permettait légalement au magistrat, en l'absence de toute autre preuve reliant l'appellant à une organisation criminelle, de déduire que ce dernier était membre d'une telle organisation et que, par conséquent, il était en possession de l'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. À mon avis, la majorité de la Cour d'appel a donné une réponse complète à cette allégation et je me rallie

⁶ (1944), 81 C.C.C. 139.

⁷ [1945] 3 W.W.R. 280.

⁸ (1967), 58 W.W.R. 691.

⁶ (1944), 81 C.C.C. 139.

⁷ [1945] 3 W.W.R. 280.

⁸ [1967] 58 W.W.R. 691.

Appeal and I would adopt on this point the reasons of Gale, C.J.O.

Counsel for appellant, however, has referred us to a number of authorities which, in his submission, establish that exhibit 5 was not admissible because not relevant. In my view, the major decisions to which we have been referred do not bear out this conclusion.

In *Thompson v. The King*⁹, the prosecution on a charge of gross indecency tendered evidence that on the occasion of his arrest the appellant was carrying powder puffs and that in his rooms were found indecent photographs of boys. The House of Lords held that, in the special circumstances of the case, the evidence was admissible on the issue of identity. However, the speeches of the learned Lords indicate that in fact, in other circumstances, documents found either on the person or in the room occupied by an accused person could very well be accepted in evidence for other purposes.

In *Picken v. The King*¹⁰, a decision of this Court, a new trial was ordered because there had been produced before the jury in a case of abortion various articles found in the home of the accused by the police, acting on a search warrant, when these articles had no real pertinency between the Crown and the accused. However, Duff, C.J., speaking for the Court, was careful to point out that he was making an exception for the "knitting needle and the bicycle spoke".

*Emkeit v. The Queen*¹¹, does not add to the above, the problem being of a very different nature, namely the reading of an inflammatory poem by Crown counsel in presence of the jury.

More to the point, it seems to me, is our decision of *Prosko v. The King*¹² where three judges

aux motifs exprimés par le juge en chef Gale à cet égard.

Cependant, l'avocat de l'appelant nous a renvoyé à un certain nombre de précédents qui, selon lui, démontrent l'inadmissibilité de la pièce n° 5 parce que non pertinente. Selon moi, les décisions importantes auxquelles nous avons été renvoyés ne justifient pas cette conclusion.

Dans *Thompson v. The King*⁹, où l'appelant était accusé de grossière indécence, la poursuite avait fait la preuve que l'appelant, lors de son arrestation, était en possession de houppes à poudrer et que des photographies indécentes de garçons avaient été trouvées dans ses chambres. La Chambre des Lords décida qu'en raison des circonstances spéciales de l'affaire, la preuve était admissible sur la question de l'identité. Cependant, les propos des savants lords nous indiquent qu'en réalité, dans d'autres circonstances, les documents trouvés soit sur la personne de l'accusé ou dans la chambre occupée par ce dernier pourraient fort bien être acceptés en preuve pour d'autres fins.

Dans *Picken c. Le Roi*,¹⁰ une décision de cette Cour, un nouveau procès avait été ordonné parce que l'on avait produit devant le jury, dans cette cause qui traitait d'avortement, divers objets que la police avait trouvés dans la maison de l'accusé grâce à un mandat de perquisition, alors que ces articles n'avaient aucune pertinence réelle au débat. Cependant, le juge en chef Duff, qui s'exprimait au nom de la Cour, a pris soin de souligner qu'il faisait une exception pour [TRADUCTION] «d'aiguille à tricoter et le rayon d'une roue de bicyclette».

L'affaire *Emkeit c. La Reine*¹¹ n'ajoute rien à ce qui précède puisqu'il s'agissait d'un litige de nature très différente, à savoir la lecture d'un poème de nature incendiaire par le procureur du ministère public en présence du jury.

Beaucoup plus pertinente, il me semble, est notre décision dans l'affaire *Prosko c. Le Roi*,¹² où

⁹ [1918] A.C. 221.

¹⁰ [1938] S.C.R. 457.

¹¹ [1974] S.C.R. 133.

¹² (1922), 63 S.C.R. 226.

⁹ [1918] A.C. 221.

¹⁰ [1938] R.C.S. 457.

¹¹ [1974] R.C.S. 133.

¹² (1922), 63 R.C.S. 226.

expressed no hesitation to accept that it was proper for the Crown to produce the articles found in the room of the appellant charged with murder. Idington J. had this to say at p. 235:

The only other question upon which counsel for appellant rested his appeal was the fourth question on the stated case, which reads as follows:

Was there error in permitting the Crown to produce before and exhibit to the jury as exhibits certain objects which were found in the possession of one or other of the accused on or in the premises occupied by one or other of them?

I, with great respect, find it difficult to treat such a question seriously. Some of the articles found were not worthy of serious consideration by the jury, but the false moustache and flashlight, for example, were important items well worthy of consideration in a case such as this dependent to so great an extent as it was upon circumstantial evidence.

That which was incapable of being fitted into the chain of circumstances to be relied upon, of course, would be discarded by the jury to whom we must attribute common sense.

It became the duty of the crown officer to present the suit-case contents as found and let the jury determine what was relevant and what was not. And then not leave the impression that accused was so intent in pursuit of easy money that he could think of nothing else, and hence carried only false moustaches, flashlights or glass cutters.

As to what constitutes admissible evidence, I cannot do any better than to refer to *R. v. Wray*¹³.

II—Miscarriage of justice

It is common ground that exhibit 5

- (a) was not mentioned at all during the preliminary enquiry;
- (b) was not disclosed to the defence prior to the beginning of the trial;
- (c) was mentioned for the first time during the second day of the trial.

It is, of course, now settled law that the sole purpose of the preliminary enquiry is to satisfy the

trois juges ont convenu sans hésitation que le ministère public pouvait régulièrement déposer en preuve les objets trouvés dans la chambre de l'appelant qui était accusé de meurtre. Le juge Idington s'est exprimé ainsi, à la p. 235:

[TRADUCTION] La seule autre question sur laquelle l'avocat de l'appelant a fait reposer son pourvoi est la quatrième question de l'exposé de cause, à savoir:

A-t-on commis une erreur en permettant au procureur du ministère public de déposer en preuve et à titre de pièces à conviction, devant le jury, certains objets qui ont été trouvés en la possession de l'un ou l'autre des accusés dans les lieux occupés par l'un ou l'autre de ces derniers?

Avec respect, il m'est difficile de traiter sérieusement une telle question. Certains des articles trouvés ne méritaient pas de retenir l'attention du jury, mais la fausse moustache et la lampe de poche, par exemple, étaient des articles importants, dignes de considération dans une cause comme celle-ci qui repose en grande partie sur une preuve indirecte.

Ce qui ne peut se rattacher aux circonstances invoquées doit être évidemment rejeté par le jury à qui nous devons faire confiance.

Il incombait au fonctionnaire du ministère public de déposer tel que trouvé le contenu de la valise et de laisser au jury le soin de déterminer ce qui était pertinent et ce qui ne l'était pas, afin de ne pas laisser l'impression—qu'à cela, de sorte—que l'accusé était si assoiffé d'argent qu'il ne pensait qu'à cela, de sorte qu'il ne portait sur lui que de fausses moustaches, des lampes de poche et des coupe-verre.

Relativement à ce qui constitue une preuve admissible, l'arrêt *R. c. Wray*,¹³ y répond parfaitement.

II—Erreur judiciaire grave

Concernant la pièce n° 5, il est reconnu que

- a) elle n'a pas du tout été mentionnée au cours de l'enquête préliminaire;
- b) elle n'a pas été divulguée à la défense avant le début du procès;
- c) elle a été mentionnée pour la première fois au cours de la seconde journée du procès.

Bien sûr, il est maintenant bien établi en droit que l'enquête préliminaire vise uniquement à satis-

¹³ [1971] S.C.R. 272.

¹³ [1971] R.C.S. 272.

magistrate that there is sufficient evidence to put the accused on trial and that, therefore, the Crown has the discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case. *Patterson v. The Queen*¹⁴; *R. v. Epping*¹⁵.

However, counsel for the accused has put to us the following question:

Was the prosecution under a duty prior to the start of the trial to inform the defence of the existence of exhibit 5 and of its intention to introduce into evidence that exhibit?

In my opinion, the answer to that question must be in the negative.

The basic rule is that expressed in *Lemay v. The King*,¹⁶ where it was held

that counsel acting for the prosecution has full discretion as to what witnesses should be called for the prosecution and the Court will not interfere with the exercise of that discretion unless it can be shown that the prosecutor has been influenced by some oblique motive (of which there is here no suggestion). This is not to be regarded as lessening the duty of the prosecutor to bring forward evidence of every material fact known to the prosecution whether favourable to the accused or otherwise. The appeal should be dismissed since there was no obligation on the Crown to call either Powell or Lowes at the trial.

It is within the framework of the adversary system, under which our criminal law is administered, that the accused must be guaranteed a fair trial.

In that light, if the introduction of new evidence at the trial takes the accused by surprise, obviously he is entitled to a postponement. Here this postponement was accorded to the accused to the point that when the trial did proceed, he was in a position to adduce the evidence of his own expert as to the import of exhibit 5, namely Professor Chandler.

Appellant, however, submits that he has been prejudiced on two counts:

¹⁴ [1970] S.C.R. 409.

¹⁵ (1972), 57 Cr. App. R. 499.

¹⁶ [1952] 1 S.C.R. 232.

faire le magistrat qu'il existe suffisamment de preuve pour faire subir à l'accusé un procès et que, par conséquent, le ministère public a la faculté de n'y présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue. *Patterson c. La Reine*¹⁴; *R. v. Epping*¹⁵.

Cependant, l'avocat de l'accusé a soumis la question suivante:

[TRADUCTION] Est-ce que la poursuite avait le devoir de dévoiler à la défense, avant le début du procès, l'existence de la pièce N° 5 ainsi que son intention de déposer en preuve cette pièce à conviction?

À mon avis, il faut répondre négativement à cette question.

La règle fondamentale à cet égard a été énoncée dans *Lemay c. Le Roi*¹⁶ où il a été décidé

[TRADUCTION] que l'avocat de la poursuite est complètement libre de décider quels témoins doivent être cités pour la poursuite et la Cour ne doit pas entraver l'exercice de cette discrétion à moins qu'on puisse démontrer que le poursuivant a agi ainsi pour des motifs détournés (ce qui n'a pas été suggéré ici). Ceci ne doit pas être interprété comme un amoindrissement du devoir du poursuivant de prouver chaque fait pertinent connu de la poursuite qu'il soit favorable ou défavorable à l'accusé. Le pourvoi doit être rejeté puisque le ministère public n'était aucunement obligé d'assigner Powell ou Lowes.

C'est dans le cadre du système contradictoire sur lequel est fondée l'administration de notre droit criminel, que la garantie d'un procès équitable doit être accordée à l'accusé.

À la lumière de ce qui précède, il est manifeste que l'accusé a droit à un ajournement si, au cours du procès, le dépôt d'une nouvelle preuve le prend par surprise. En l'espèce, cet ajournement a été accordé à l'accusé si bien qu'à la reprise du procès, il était en mesure de faire entendre son propre témoin expert, le professeur Chandler, relativement à la portée de la pièce n° 5.

Cependant, l'appellant allègue avoir subi deux préjudices:

¹⁴ [1970] R.C.S. 409.

¹⁵ [1972], 57 Cr. App. R. 499.

¹⁶ [1952] 1 R.C.S. 232.

- (1) his cross-examination of Detective Turner would have been conducted in a different light;
- (2) it is possible that, had he known of the existence of exhibit 5 and of the intention of the Crown to use it, he would have maintained his option to be heard by a judge and jury.

As to the first point, we have been referred to the following questions and answers at the beginning of Detective Turner's cross-examination:

Q. Now, Detective Turner, just to recap, you said that you arrived at about 5:50 p.m. on August 1st at the Caccamo home?

A. 5:50, yes, sir.

Q. Right. And your purpose in going there was to conduct a search?

A. Yes, sir.

Q. In accordance with the warrant which has been introduced as an exhibit?

A. Yes, sir.

Q. And that was to search for firearms?

A. Yes, sir.

Q. Now, was the presence of counterfeit money contemplated at all in the mind of the people executing the warrant?

A. Not in my mind, no, sir.

Q. Have you any previous knowledge before executing that warrant of Mr. Caccamo?

A. None that I know of, no, sir.

Q. Or Mrs. Caccamo?

A. No, sir.

Q. Are you aware whether or not there are any records or if there is any information on file about him in the Police Department?

A. Not to my knowledge, sir.

Q. Did you check that before such time as you executed the warrant?

A. No, sir.

I fail to see what prejudice has been suffered by the appellant as a result of this cross-examination. His character was not put into question by any of the answers given by Detective Turner and it is difficult to imagine that any harm has been done. It is true that in a general way the character of the appellant was at stake but until exhibit 5 was offered in evidence on the second day of the trial, nothing had taken place that, in my view, would

(1) son contre-interrogatoire du détective Turner aurait été mené différemment;

(2) s'il avait eu connaissance de l'existence de la pièce n° 5 et de l'intention du ministère public de s'en servir, il est possible qu'il aurait maintenu son choix d'un procès devant juge et jury.

Concernant le premier point, on nous a renvoyé aux premières questions et réponses du contre-interrogatoire du détective Turner:

[TRADUCTION] Q. Maintenant, détective Turner, pour récapituler, vous avez dit que vous êtes arrivé, au cours de cette journée du 1^{er} août, à la maison de Caccamo vers 17h30?

R. À 17h30, oui, monsieur.

Q. Bien. Et vous y alliez pour y faire une perquisition?

R. Oui, monsieur.

Q. En exécution du mandat qui a été déposé comme pièce à conviction?

R. Oui, monsieur.

Q. Et vous deviez chercher des armes à feu?

R. Oui, monsieur.

Q. Maintenant, est-ce que les gens qui ont exécuté le mandat pensaient y trouver de la monnaie contrefaite?

R. Je n'y ai pas pensé, non, monsieur.

Q. Et que saviez-vous au sujet de M. Caccamo avant de procéder à l'exécution du mandat?

R. Rien, monsieur.

Q. Ou au sujet de M^{me} Caccamo?

R. Rien, monsieur.

Q. Savez-vous s'il existe ou non, à la Sûreté, des dossiers ou des fiches de renseignements sur lui?

R. Pas que je sache, non monsieur.

Q. Aviez-vous vérifié cela avant de procéder à l'exécution du mandat?

R. Non, monsieur.

Je ne vois pas quel préjudice a subi l'appelant en conséquence de ce contre-interrogatoire. Aucune des réponses fournies par le détective Turner n'a porté sur la réputation de l'appelant et il est difficile d'imaginer qu'un tort a pu être causé. Il est vrai que, de façon générale, la réputation de l'appelant était en jeu, mais jusqu'à ce que la pièce n° 5 soit déposée en preuve le deuxième jour du procès, il ne s'était rien passé qui, à mon avis,

have given another direction to the examination or cross-examination of the witnesses heard till that time.

The second consideration, namely the option, we are told by counsel, has never been examined by any court. The right to the proper forum is indeed a major one belonging to the accused. That forum is determined by statute and, in the cases spelled out in the *Criminal Code*, the accused had a choice. Of course, the Code does not state that in a case like the one at bar, the choice is vitiated if made before the accused learns at least the substance of all the evidence to be adduced against him. We are asked here to decide that such is the result of the Crown's failure to supply the accused with at least a summary of the substance of the evidence before the expiry of the delays governing the option.

To help us in reaching a decision, we have to keep in mind what has been underlined above, namely

- (1) that the Crown does not have the obligation to show all of its evidence at the preliminary enquiry;
- (2) that, in conducting its case, the Crown has the discretion defined in the *Lemay* case above;
- (3) that, over the years, the sole effect of the introduction of new evidence at trial has been to allow the accused to obtain a postponement of the trial.

Against this background, it becomes obvious that when the accused makes its option to be tried by a judge alone or by a judge and jury, the law does not expect him to make that decision in the light of the evidence but rather in the light of the charge.

Of course, I do not deny that there could be cases where the option made could be set aside if in fact there has been a miscarriage of justice. Such was not the case here.

On this point, I adopt the reasons of Gale, C.J.O., at p. 252, who, although he was then speaking of count 1, expressed comments equally applicable to count 2:

aurait pu donner une autre orientation à l'interrogatoire ou au contre-interrogatoire des témoins entendus jusqu'alors.

Selon l'avocat de l'appelant, les cours ne se sont pas encore penchées sur le second point à considérer, c'est-à-dire l'option. Le droit d'être entendu par le tribunal approprié est effectivement un droit fondamental de l'accusé. La loi détermine ce tribunal, et dans certains cas prévus au *Code criminel*, l'accusé peut faire un choix. Bien sûr, le Code ne prescrit pas que dans une cause comme celle-ci le choix sera vicié s'il est fait avant que l'accusé ne connaisse au moins l'essentiel de toute la preuve qui sera présentée contre lui. On nous demande ici de décider que le ministère public a entraîné pareil résultat en ne fournissant pas à l'accusé au moins un résumé du contenu de la preuve avant l'expiration des délais qui régissent le choix du procès.

Pour nous aider à décider, nous devons retenir ce qui a été mentionné précédemment, à savoir

- 1) que le ministère public n'est pas obligé de dévoiler toute sa preuve au cours de l'enquête préliminaire;
- 2) que le ministère public peut, dans sa poursuite, exercer la discrétion définie dans l'affaire *Lemay* susmentionnée;
- 3) que, par le passé, la production d'une nouvelle preuve au cours du procès n'a eu pour effet que d'accorder à l'accusé la possibilité d'obtenir un ajournement du procès.

Compte tenu de ces facteurs, il devient évident que lorsque l'accusé choisit d'être jugé par un juge seul ou par un juge et un jury, on ne s'attend pas d'après la loi, à ce que l'accusé prenne cette décision à la lumière de la preuve mais plutôt à la lumière du chef d'accusation.

Bien sûr, je ne nie pas le fait qu'il pourrait y avoir des cas où le choix pourrait être écarté s'il y avait effectivement eu erreur judiciaire grave. Mais tel n'est pas le cas en l'espèce.

Sous ce rapport, je me rallie aux motifs du juge en chef Gale, à la p. 252, qui, même s'il traitait alors du premier chef d'accusation, a exprimé certains commentaires également applicables au deuxième chef d'accusation:

It was also argued, with respect to count 1, that the introduction of ex. 5, which is apparently one of the rare statements or codes of the Mafia organization, without prior disclosure by the Crown to defence counsel, rendered the trial abortive, particularly when counsel had already re-elected for a trial by Judge alone, without knowledge that this evidence existed and would be tendered by the Crown. We do not agree that such non-disclosure gave a right to the accused to have the trial declared abortive and to re-elect for a trial by Judge and jury. Nor did it detract from or prejudice the action of defence counsel in re-electing trial by Judge alone. It does not seem to us to be right to say that a trial becomes abortive because evidence in the possession of the Crown is not disclosed to the defence prior to the opening of the trial. In this case, the Crown might have revealed its possession of the document, although I do not think this Court is able to pass on that. However, the failure to do so did not produce a mistrial, particularly because the defence, after the disclosure of the document, was given ample opportunity—indeed, as much opportunity as they wished—to see the document, examine it and take whatever position they wished in that regard. In my opinion, there was no prejudice to the accused, because really what the claim to a right of re-election amounts to is an assertion that there was some prejudice, or that it was a miscarriage of justice, to allow the trial to proceed before the County Court Judge without a jury. We do not agree that amounts to prejudice in any sense of the word.

I might add that in reaching a conclusion as to whether or not a miscarriage of justice exists, the courts are entitled to take into account the fact that the accused did not testify, which is the situation in the case at bar. I would refer on this point to *R. v. Boucher et al.*¹⁷, a decision of the Court of Appeal of British Columbia; *R. v. Cipolla*¹⁸, a decision of the Court of Appeal of Ontario; *R. v. Greenlaw (No. 1)*¹⁹, a decision of the Court of Appeal of New Brunswick.

For all these reasons, I would dismiss the appeal.

¹⁷ [1963] 2 C.C.C. 241.

¹⁸ [1965] 2 O.R. 673.

¹⁹ [1968] 3 C.C.C. 200.

[TRADUCTION] Relativement au premier chef d'accusation, on a également allégué que la production de la pièce N° 5, qui est apparemment un de ces rares énoncés ou codes de la Mafia, sans que le ministère public n'en avise au préalable l'avocat de la défense, a entaché le procès d'un défaut de procédure, surtout lorsque l'avocat avait déjà fait un nouveau choix et opté pour un procès devant un juge seul, sans qu'il soit au courant de l'existence de cette preuve et de sa production par le ministère public. Nous ne croyons pas que cette absence de divulgation ait accordé à l'accusé le droit de faire déclarer ce procès entaché d'un défaut de procédure et de choisir maintenant d'être jugé par un juge et un jury, ni qu'elle ait nui ou porté préjudice à la décision de l'avocat de la défense de choisir un procès devant un juge seul. Il ne nous semble pas juste d'affirmer que le procès devient entaché d'un défaut de procédure parce qu'une preuve en possession du ministère public n'est pas dévoilée à la défense avant le début du procès. En l'espèce, le ministère public aurait pu dévoiler le fait qu'il possédait ce document, bien que je ne crois pas que cette Cour soit en mesure de se prononcer là-dessus. Cependant, le défaut de ce faire n'a pas entraîné un vice de procédure, pour la principale raison que la défense, après la divulgation du document, a eu l'occasion—en fait, elle a eu toute la liberté voulue—de voir le document, de l'examiner et d'adopter à son égard l'attitude voulue. A mon avis, l'accusé n'a subi aucun préjudice parce qu'en réalité, la prétention au droit de faire un nouveau choix équivaut à affirmer qu'un préjudice a été causé ou qu'il y a eu erreur judiciaire grave en permettant que le procès ait lieu devant le juge de la Cour de comté sans un jury. Nous ne croyons pas que cela constitue un préjudice dans toutes les acceptations du terme.

Je ferais remarquer qu'en concluant à l'existence ou à l'inexistence d'une erreur judiciaire grave, les tribunaux ont le droit de tenir compte du fait que l'accusé n'a pas témoigné, ce qui est présentement le cas. A cet égard, je m'en reporte à *R. v. Boucher et al.*¹⁷ un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique; *R. v. Cipolla*¹⁸, un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario; *R. v. Greenlaw (N° 1)*¹⁹, un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

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

¹⁷ (1963), 2 C.C.C. 241.

¹⁸ [1965] 2 O.R. 673.

¹⁹ [1968] 3 C.C.C. 200.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and SPENCE J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Arthur Maloney, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Appel rejeté, le juge en chef LASKIN et le juge SPENCE dissidents.

Procureur de l'appelant: Arthur Maloney, Toronto.

Procureur de l'intimée: Attorney General of Ontario, Toronto.