

Vincent Mazza *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1978: May 2; 1978: May 16.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Trial — Joint trial for rape — Evidence — Charge to jury — Successive acts of intercourse by each accused — Defence of consent — Duty to deal with issues of fact relating to each accused separately — Facts relating to consent "interwoven" — Whether bribe attempt by one accused corroborative as against the other — Applicability of s. 21 of the Criminal Code — Criminal Code, ss. 21, 613(1)(b)(iii), 623(1).

M and a co-accused R were convicted of raping the same woman who was on the evidence also raped by a third person. The convictions were affirmed by the Court of Appeal, that of R unanimously and that of M by a majority. The main issue at trial had been that of consent or want of consent of the complainant to the intercourse and other sexual acts which, admittedly, were performed by the two accused and the third person. M's further appeal to this Court was based on the dissent of Dubin J.A. in the Court of Appeal to the effect that the trial judge had erred (first) in failing to deal separately with the issues of fact and law which related to the guilt or innocence of M as distinguished from R, (second) in failing to instruct the jury that they could acquit M if they found R guilty and (third) in failing to instruct the jury as to the meaning and effect of s. 21 of the *Criminal Code* if they were to consider the threats and acts of violence by R as relevant to the guilt or innocence of M.

Leave was given to appeal also on two additional grounds of alleged error by the trial judge, (first) in failing to instruct the jury that they must be satisfied beyond a reasonable doubt that M was aware that the complainant was not consenting or that if she were consenting, she was doing so by reason of a consent extorted by threats or by fear of bodily harm and (second) in failing to instruct the jury that evidence of an attempt to suppress evidence could only be cor-

Vincent Mazza *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1978: 2 mai; 1978: 16 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte.

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

Procès — Procès conjoint pour viol — Preuve — Exposé au jury — Rapports sexuels avec chaque accusé successivement — Défense fondée sur le consentement — Devoir de traiter séparément des questions de fait relatives à chaque accusé — Les faits relatifs au consentement sont «connexes» — L'offre d'argent par l'un des accusés a-t-elle un effet corroborant à l'égard de l'autre? — Applicabilité de l'art. 21 du Code criminel — Code criminel, art. 21, 613(1)b)(iii), 623(1).

M et son coaccusé R ont été déclarés coupables de viol. D'après la preuve, la victime a aussi été violée par une troisième personne. En Cour d'appel, les déclarations de culpabilité ont été confirmées, celles de R à l'unanimité et celle de M à la majorité. La principale question en litige au procès a porté sur le consentement ou l'absence de consentement de la plaignante aux rapports sexuels et à d'autres actes sexuels que les accusés et une troisième personne ont commis. Le pourvoi de M devant cette Cour est fondé sur la dissidence du juge Dubin de la Cour d'appel. Les motifs de droit sur lesquels repose cette dissidence se résument comme suit: le juge du procès a commis une erreur (premièrement) en omettant de traiter séparément des questions de fait et de droit relatives à la culpabilité ou à l'innocence de M, comme distinctes de celles qui se rapportent à R, (deuxièmement) en omettant d'indiquer au jury la possibilité d'acquitter M et de déclarer R coupable et (troisièmement) en omettant de renseigner les jurés sur le sens et la portée de l'art. 21 du *Code criminel* au cas où ceux-ci tiendraient compte des menaces et des actes de violence commis par R pour déterminer la culpabilité ou l'innocence de M.

L'autorisation d'interjeter appel a aussi été accordée pour deux autres motifs selon lesquels le juge du procès aurait commis une erreur (premièrement) en omettant d'indiquer au jury que celui-ci devait être convaincu au-delà de tout doute raisonnable que M savait que la plaignante ne consentait pas ou, dans le cas contraire, que son consentement lui avait été arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles et (deuxièmement) en omettant d'indiquer au jury que la

roborative of the complainant's evidence with respect to M if the attempt was authorized or procured by M.

Held: The appeal should be dismissed.

The fact that, in the view of the jury, M lied in asserting consent by the complainant should not, *ipso facto*, deprive him of a right to have the jury properly charged on all the issues for which there is some evidentiary basis. In the present case however the facts, *e.g.* M's presence when R threw the complainant onto a mattress in the room where the acts occurred, indicate that there was little difference between the position of R and M, and the defence itself, based as it was, on the common stories told by the accused made it idle for the trial judge to separate them any more than he did.

As to s. 21 of the *Criminal Code*, it was made clear by the Crown that it was relying on sexual acts by each of the accused and not on any common design or complicity by either of them in aiding or abetting the sexual assaults committed by the other. In the circumstances the trial judge was not at fault in failing to direct in respect of s. 21.

Finally on the corroborative effect of the evidence of an attempt, by an offer of money, to induce the complainant to withdraw the charges. Evidence of consciousness of guilt, deducible from an attempt to suppress evidence against him, is evidence which a jury may accept as corroborative of a complainant's testimony. The trial judge indicated initially that there was no evidence that tied M into the attempt to have the charges withdrawn but he subsequently qualified, to M's disadvantage, the initial instruction, leaving it to the jury to decide whether the attempt was made on behalf of M as well as of R. Even if this was a flaw in the charge, it did not warrant the setting aside of the verdict and an order for a new trial.

Director of Public Prosecutions v. Morgan, [1975] 2 All E.R. 347, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing appeals by co-

¹ (1975), 24 C.C.C. (2d) 508.

preuve d'une tentative de suppression de preuve ne pouvait corroborer le témoignage de la plaignante au sujet de M que si la tentative avait été autorisée ou provoquée par M.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le fait que M ait menti (aux yeux du jury) en affirmant que la plaignante avait consenti ne devrait pas *ipso facto* le priver du droit d'être jugé par un jury ayant reçu des directives sur toutes les questions à l'égard desquelles il existe des éléments de preuve. En l'espèce, les faits, dont la présence de M lorsque R a jeté la plaignante sur le matelas dans la chambre où les actes ont eu lieu, révèlent que la situation de M diffère peu de celle de R et, compte tenu de la défense fondée sur la version commune des accusés, il devenait inutile pour le juge du procès de faire d'autres distinctions plus marquées.

En ce qui concerne le motif fondé sur l'art. 21 du *Code criminel*, l'avocat du ministère public s'est clairement fondé sur les actes sexuels de chaque accusé et non sur un dessein commun ni sur la complicité de l'un en vue d'aider ou d'encourager l'autre à commettre un attentat sexuel. Dans les circonstances, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne donnant aucune directive au sujet de l'art. 21.

Reste à considérer le dernier motif d'appel, relatif à l'exposé du juge du procès sur l'effet corroborant de la preuve d'une tentative d'inciter la plaignante, par une offre d'argent, à retirer la plainte portée. La preuve de la conscience coupable, que l'on peut déduire d'une tentative de supprimer une preuve, constitue un élément de preuve qu'un jury peut accepter à titre de corroboration du témoignage de la plaignante. Le juge du procès a clairement indiqué, lorsqu'il en a traité pour la première fois, que rien dans la preuve ne permettait d'établir un lien entre M et cette tentative de faire retirer la plainte. Cependant, plus tard, le juge a modifié, au désavantage de M, la première directive et a indiqué au jury qu'il lui appartenait de déterminer si la tentative était faite au nom de M comme en celui de R. A supposer qu'il s'agisse d'une faille dans son exposé, cela ne justifie pas la Cour d'annuler le verdict et d'ordonner un nouveau procès.

Jurisprudence: *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1975] 2 All E.R. 347, mentionné.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant les appels des coac-

¹ (1975), 24 C.C.C. (2d) 508.

accused from their convictions of rape. Appeal dismissed.

Brian H. Greenspan, for the appellant.

J. D. Ewart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellant Mazza and a co-accused Rizzuto were convicted, after a trial before Parker J. and a jury, of raping the same woman who was, on the evidence, also raped by a third person. He was associated with the co-accused but was not apprehended. On appeal to the Ontario Court of Appeal, the convictions were affirmed, that of Rizzuto unanimously and that of Mazza by a majority, Dubin J.A. dissenting. Mazza has appealed to this Court as of right on three points of law on which Dubin J.A. dissented and on two other grounds on which leave to come here was granted.

The formal judgment of the Court of Appeal sets out the grounds of dissent in law in the following terms:

1. that the learned trial judge erred in law in that in his charge to the jury he failed to deal separately with the issues of fact and law which related to the guilt or innocence of VINCENT MAZZA as distinguished from that of his co-accused, and
2. that he further erred in instructing the jury that there were only two verdicts for the jury to consider, but ought to have instructed the jury that they could acquit VINCENT MAZZA if they found FRANK RIZZUTO guilty, and
3. further erred in failing to instruct the jury as to the meaning and effect of s. 21 of the *Criminal Code* if they were to consider the threats and acts of violence of FRANK RIZZUTO as relevant to the guilt or innocence of VINCENT MAZZA,

The two additional grounds on which leave was given were formulated as follows:

4. That the learned trial Judge erred in law with respect to the issue of consent in failing to instruct the Jury that they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the Appellant Mazza was aware that the Complainant was not consenting or that if she were consenting, she was doing so by reason of a consent which

cusés à l'encontre de leur condamnation pour viol. Pourvoi rejeté.

Brian H. Greenspan, pour l'appelant.

J. D. Ewart, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'appelant Mazza et son coaccusé Rizzuto ont été déclarés coupables de viol à l'issue de leur procès devant le juge Parker et un jury. D'après la preuve, la victime a aussi été violée par une troisième personne, qui était avec les coaccusés mais n'a pas été arrêtée. En Cour d'appel de l'Ontario les déclarations de culpabilité ont été confirmées, celle de Rizzuto à l'unanimité et celle de Mazza à la majorité, le juge Dubin étant dissident. Mazza se pourvoit devant cette Cour de plein droit pour trois motifs de droit à l'égard desquels le juge Dubin était dissident et, sur autorisation, pour deux autres.

Le jugement formel de la Cour d'appel énonce comme suit les motifs de droit sur lesquels repose la dissidence:

[TRADUCTION]

1. le savant juge de première instance a commis une erreur de droit dans son exposé au jury en omettant de traiter séparément des questions de fait et de droit relatives à la culpabilité ou à l'innocence de VINCENT MAZZA, comme distinctes de celles qui se rapportent à son coaccusé,
2. il a commis une autre erreur en indiquant au jury que celui-ci ne pouvait considérer que deux verdicts; il aurait dû indiquer au jury la possibilité d'acquitter VINCENT MAZZA et de déclarer FRANK RIZZUTO coupable, et
3. il a commis une autre erreur en omettant de renseigner les jurés sur le sens et la portée de l'art. 21 du *Code criminel*, au cas où ceux-ci tiendraient compte des menaces et des actes de violence commis par FRANK RIZZUTO pour déterminer la culpabilité ou l'innocence de VINCENT MAZZA,

Voici les deux autres motifs pour lesquels l'autorisation a été accordée:

[TRADUCTION]

4. Le savant juge de première instance a commis une erreur de droit sur la question du consentement, en omettant d'indiquer au jury que celui-ci devait être convaincu au-delà de tout doute raisonnable que l'appelant Mazza savait que la plaignante ne consentait pas ou, dans le cas contraire, que son consentement lui

had been extorted by threats or by fear of bodily harm.

5. That the learned trial Judge erred in law in failing to instruct the Jury that evidence of an attempt to suppress evidence could only be capable of being corroborative of the Complainant's evidence with respect to the Appellant Mazza if the attempt was authorized or procured by the Appellant Mazza.

The main issue in the trial was that of consent or want of consent of the complainant to the intercourse and other sexual acts which, admittedly, were performed by the two accused and by the third person. The stories of the complainant and of the two accused were completely contradictory save as to the locale of the sexual occurrences. The complainant was brought, with her consent, to certain premises after accepting a ride home in a car with the two accused and one or two others. On her evidence, the detour to these premises was to enable the occupants of the car to pick up another person. There was no other person there, and it was when she asked to be taken home that the events occurred which led to the charges of rape against the two accused.

There was evidence, upon which the jury could act and did, that the accused Rizzuto used violence against the complainant to get her to submit to a series of sexual acts. After he had thus forced himself upon the complainant and had left the room, the appellant Mazza engaged in sexual activities with the complainant. There was no evidence from her of any active resistance to him but, equally, no evidence from her that would indicate consent. The third person who followed Mazza into the room after he had finished his series of sexual acts, admittedly, "raped" the complainant. What is raised in respect of Mazza's intercourse and the other sexual acts in which he engaged with the complainant is alleged non-direction amounting to misdirection by the trial judge in his charge in failing to direct the jury on the issue of Mazza's awareness that the complainant was not consenting or that if she did consent, she did so under fear of bodily harm. This is ground 4 of the issues in appeal, and associated with it is one of the matters comprehended within ground 1.

avait été arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles.

5. Le savant juge de première instance a commis une erreur de droit en omettant d'indiquer au jury que la preuve d'une tentative de suppression de preuve ne pouvait corroborer le témoignage de la plaignante au sujet de l'appellant Mazza que si la tentative avait été autorisée ou provoquée par Mazza.

La principale question en litige au procès a porté sur le consentement ou l'absence de consentement de la plaignante aux rapports sexuels et à d'autres actes sexuels que les accusés et une troisième personne ont commis. Les versions de la plaignante et des deux accusés se contredisent en tous points à l'exception de l'endroit où ont eu lieu ces actes. La plaignante a été amenée en un certain lieu, de son gré, après avoir accepté que les deux accusés et une ou deux autres personnes la reconduisent chez elle en voiture. D'après son témoignage, le détour avait pour but de permettre aux passagers de la voiture de prendre quelqu'un en passant. Il n'y avait personne à cet endroit et c'est lorsque la plaignante a demandé qu'on la reconduise chez elle que se sont produits les événements qui ont mené aux accusations de viol contre les deux accusés.

Selon la preuve valablement prise en considération par le jury, l'accusé Rizzuto a violenté la plaignante pour la forcer à se soumettre à une série d'actes sexuels. Après en être venu à bout, il a quitté la chambre et l'appellant Mazza s'est livré à des actes sexuels sur la personne de la plaignante. Rien dans la preuve n'indique qu'elle lui a résisté mais rien n'indique non plus qu'elle y a consenti. Il est admis que la troisième personne à entrer dans la chambre, après que Mazza eut terminé, a «violé» la plaignante. En ce qui concerne les actes et les rapports sexuels impliquant Mazza, on allègue l'absence de directives, équivalant à une directive erronée, dans l'exposé du juge du procès. Celui-ci a omis d'instruire le jury pour qu'il détermine si Mazza savait que la plaignante ne consentait pas ou que, si elle consentait, c'était par crainte de lésions corporelles. Cette question fait l'objet du quatrième motif d'appel et dans une certaine mesure, on la retrouve dans le premier motif.

The trial judge's charge proceeded from the base of the assertion of counsel for the two accused (who were separately represented) that the defence of each was common to both, that they were bound up with one another in meeting the charges of rape. This, of course, does not excuse a trial judge from the duty, which rests on him or her, to place before a jury every defence open to an accused for which there is some evidentiary foundation, or from the duty of dealing separately with each accused on a joint trial where the evidence indicates that their positions may not be common, even if counsel may have said this at the outset.

The trial judge in this case dealt fully with the issue of consent, with credibility of the complainant and of the two accused and of the other witnesses in respect of this issue, with the contradictions involved in the evidence, and with the jury's function to determine, on all the evidence and in accordance with their own judgment of the veracity of the witnesses and of the weight they would attach to such evidence as they found acceptable, whether the Crown had established the want of consent beyond a reasonable doubt. He did not deal separately on this point with Rizzuto and with Mazza, and it was this with which Dubin J.A. took issue in the following passage of his dissenting reasons:

On the evidence before the jury, it was hardly open to them to acquit Rizzuto and to convict Mazza. On the other hand, it was open to them to convict Rizzuto but to acquit Mazza. If the jury believed the complainant's testimony, it followed that Rizzuto was guilty of rape. It was open to the jury, however, to accept the evidence of the complainant and to acquit Mazza. She made her lack of consent apparent to Rizzuto. She did not do so with respect to Mazza, and Mazza was not present when Rizzuto raped the complainant. Mazza was obviously a man of the lowest morals and was lacking in sensitivity. The complainant was a mature woman. Although the issue of consent was common in the case against each of the accused, there was a marked contrast in the evidence on this vital issue. With great respect to the learned trial judge, it was never made clear to the jury that they could acquit one and not the other. . . .

I did not understand from this and other passages in the reasons of the learned Justice of

Le juge de première instance a fondé son exposé sur la déclaration de l'avocat de chacun des accusés que la défense d'un accusé était commune à l'autre et que ceux-ci devaient faire face conjointement aux accusations de viol. Evidemment cela ne libère pas le juge du procès de son devoir de soumettre au jury toute défense que peut invoquer un accusé et pour laquelle il existe des éléments de preuve, ni de son devoir de considérer séparément dans un procès conjoint le cas de chaque accusé, lorsque, d'après la preuve, leur situation diffère, même si les avocats ont prétendu le contraire au début de l'audition.

En l'espèce, le juge de première instance a examiné à fond la question du consentement et de la crédibilité de la plaignante, des deux accusés et des autres témoins à cet égard ainsi que les contradictions de la preuve. Il a expliqué aux jurés que leur rôle est de décider, en se fondant sur l'ensemble de la preuve et sur leur évaluation de la véracité des témoignages et de la force probante des éléments de preuve acceptables selon eux, si le ministère public a prouvé l'absence de consentement au-delà de tout doute raisonnable. Il n'a pas fait de distinction à cet égard entre Rizzuto et Mazza et c'est là un des motifs de la dissidence du juge Dubin en Cour d'appel, dont voici l'extrait pertinent:

[TRADUCTION] D'après la preuve soumise, le jury ne pouvait vraiment pas acquitter Rizzuto et déclarer Mazza coupable. En revanche, il pouvait déclarer Rizzuto coupable et acquitter Mazza. Si le jury croyait le témoignage de la plaignante, il s'ensuivait que Rizzuto était coupable de viol. Le jury pouvait cependant accepter le témoignage de la plaignante et acquitter Mazza. Elle a nettement manifesté son absence de consentement dans le cas de Rizzuto. On ne peut en dire autant du cas de Mazza qui n'était pas là lorsque Rizzuto a violé la plaignante. Mazza est de toute évidence un homme de mœurs corrompues et de peu de sensibilité. La plaignante est une femme d'âge mûr. Même si la question du consentement était commune dans la poursuite de chaque accusé, la preuve sur ce point décisif est fondamentalement différente. Avec égards pour le savant juge de première instance, il n'a jamais clairement indiqué au jury que celui-ci pouvait acquitter l'un des accusés sans acquitter l'autre. . . .

Je ne peux déduire de cet extrait et d'autres passages des motifs du savant juge de la Cour

Appeal that he considered it open to the jury to find that the complainant had not consented to engage in sexual acts with Rizzuto and yet also find that she consented to such acts with Mazza. This would be clearly unrealistic, as Arnup J.A. stated in his majority reasons. Rather, it was Dubin J.A.'s view that it was open to the jury to find (and they should have been charged to consider this) that the accused Mazza did not know that the complainant was not consenting or had an honest belief that she was (see, in this connection *Director of Public Prosecutions v. Morgan*²) or that there was a reasonable doubt on the point.

The fact that the accused lied (in the view of the jury) in asserting consent by the complainant should not, *ipso facto*, deprive him of a right to have the jury properly charged on all the issues for which there is some evidentiary basis. The present case is not, however, one in which the appellant can complain of the failure of the trial judge to isolate the question of his possible lack of awareness of non-consent or of his honest belief that there was consent. He was present when Rizzuto threw the complainant on the mattress in the particular room, resulting in a bruise on her head when she hit the baseboard. He followed him into the room where he found the complainant naked and told her not to dress. When he finished with her he told her she had to "do the other guys". To say, in such circumstances, that Mazza's position was different from Rizzuto's is, I think, very much overstating the case in his favour.

Similar considerations make it abundantly clear to me that the trial judge did not err in not making any sharp differentiation in his charge on the facts and on the law between Mazza and Rizzuto. He did tell the jury that each accused was to be dealt with "individually", but the facts and the position advanced by the defence on the basis of the common stories told by the accused made it idle for the trial judge to separate them any more than he did.

² [1975] 2 All E.R. 347.

d'appel qu'il considère que le jury pouvait conclure à l'absence de consentement aux rapports sexuels avec Rizzuto tout en concluant au consentement aux rapports sexuels avec Mazza. Comme l'a souligné le juge Arnup, en exposant les motifs de la majorité, une telle conclusion ne serait pas réaliste. Toutefois, selon le juge Dubin, les jurés pouvaient conclure (et ils auraient dû en être informés) que l'accusé Mazza ne savait pas que la plaignante ne consentait pas, ou croyait sincèrement à son consentement (voir à ce propos *Director of Public Prosecutions v. Morgan*,² ou qu'il existait un doute raisonnable à ce sujet.

Le fait que l'accusé ait menti (aux yeux du jury) en affirmant que la plaignante avait consenti ne devrait pas *ipso facto* le priver du droit d'être jugé par un jury ayant reçu des directives sur toutes les questions à l'égard desquelles il existe des éléments de preuve. Cependant, en l'espèce, l'appelant ne peut se plaindre de ce que le juge du procès n'a pas traité séparément de son ignorance possible de l'absence de consentement ni de sa croyance sincère au consentement de la plaignante. Il était là lorsque Rizzuto a jeté la plaignante sur le matelas dans la chambre et qu'elle s'est meurtrie la tête en heurtant le sommier. Il l'a suivi dans la chambre où se trouvait la plaignante, nue, et il lui a dit de ne pas se rhabiller. Lorsqu'il eût terminé, il lui a dit qu'elle aurait [TRADUCTION] «à faire les autres gars». Prétendre en de telles circonstances que la situation de Mazza diffère de celle de Rizzuto, c'est, à mon avis, déformer beaucoup les faits en sa faveur.

D'autres considérations semblables montrent clairement, à mon avis, que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en ne faisant pas une nette distinction entre Mazza et Rizzuto dans son exposé sur les faits et le droit. Il a bien indiqué au jury qu'il devait considérer «séparément» le cas de chaque accusé mais vu les faits et l'argumentation soumise par la défense, fondée sur la version commune des accusés, il devenait inutile pour le juge du procès de faire d'autres distinctions plus marquées.

² [1975] 2 All E.R. 347.

Another point of dissent turned on the alleged misdirection of the trial judge in telling the jury that there were only two verdicts open to them for each of the accused, that is guilty or not guilty of rape. According to Dubin J.A. the jury should have been told that there were four possible verdicts, namely, as to Rizzuto guilty or not guilty and as to Mazza, guilty or not guilty. He conceded, as is evident from the passage from his reasons, already quoted, that the jury could not possibly acquit Rizzuto and convict Mazza but said that the reverse was open to them. In view of what I have said on the interwoven question of the issue of consent, I need say no more on this point and it falls accordingly.

The final issue raised by the dissent of Dubin J.A. concerns the omission of the trial judge to instruct the jury on the application of s. 21 of the *Criminal Code*. Although counsel for the appellant urged this in his factum, it was not seriously pressed in oral argument. As put by counsel for the appellant in his written submission, the issue of s. 21 was necessarily involved in the trial judge's direction that two verdicts only were open to the jury. The Crown, however, made it clear that it was relying on sexual acts by each of the accused and not on any common design, or on complicity by either of them in the sexual assaults committed by the other by way of aiding or abetting. It was not so much a question of common purpose or intention carried out by one of the accused but of a common purpose or intention separately carried out and separately treated in the Crown's case. The record is too scanty of any indication of the Crown's attempt to fasten guilt on one of the accused under s. 21 by reason of what was done by the other. I find no fault in the trial judge in not giving any direction in respect of s. 21.

This leaves for consideration the fifth point in this appeal, that relating to the trial judge's charge on the corroborative effect of the evidence of an attempt, by an offer of money, to induce the complainant to withdraw the charges against the two accused. Admittedly, evidence of conscious-

Un autre motif de dissidence porte sur l'erreur qu'aurait faite le juge de première instance en disant au jury qu'il n'avait le choix qu'entre deux verdicts à l'égard de chaque accusé, savoir coupable de viol ou non coupable. Selon le juge Dubin, il aurait dû informer le jury des quatre verdicts possibles, c'est-à-dire, à l'égard de Rizzuto, coupable ou non coupable et à l'égard de Mazza, coupable ou non coupable. Il a toutefois reconnu, comme cela ressort clairement de l'extrait précité de ses motifs, que le jury ne pouvait en aucun cas acquitter Rizzuto et déclarer Mazza coupable, même si le contraire était vrai. Vu ma conclusion sur la question connexe du consentement, je n'ai rien à ajouter et ce motif est par conséquent rejeté.

Le dernier point litigieux soulevé par la dissidence du juge Dubin porte sur l'omission du juge de première instance de renseigner le jury sur l'application de l'art. 21 du *Code criminel*. Même si l'avocat de l'appelant a insisté sur ce point dans son mémoire, il ne l'a pas développé dans sa plaidoirie. Comme l'a souligné l'avocat de l'appelant dans son argumentation écrite, le juge de première instance a nécessairement tenu compte de l'art. 21 lorsqu'il a dit aux jurés qu'ils avaient le choix entre deux verdicts. En revanche, il est clair que le ministère public se fondait sur les actes sexuels de chaque accusé et non sur un dessein commun ni sur la complicité de l'un en vue d'aider ou d'encourager l'autre à commettre un attentat sexuel. Il ne s'agit pas d'un cas de fin ou d'intention commune exécutée par l'un des accusés, mais d'un cas de fin ou d'intention commune, exécutée séparément et traitée comme telle par le ministère public. Le dossier n'est pas assez étoffé pour permettre de conclure que le ministère public a voulu, en vertu de l'art. 21, imputer la culpabilité à l'un des accusés pour les actes perpétrés par l'autre. Je conclus que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en ne donnant aucune directive au sujet de l'art. 21.

Cela nous amène au cinquième motif d'appel, relatif à l'exposé du juge de première instance sur l'effet corroborant de la preuve d'une tentative d'inciter la plaignante, par une offre d'argent, à retirer la plainte portée contre les deux accusés. De toute évidence, la preuve de la conscience coupable

ness of guilt, deducible from an attempt to suppress evidence against him, is evidence which a jury may accept as corroborative of a complainant's testimony.

In his charge to the jury, the trial judge made it clear, when he first dealt with the phone calls by the witness Thompson to the complainant and her husband, that they only implicated Rizzuto in view of the fact that the latter admitted that he asked Thompson to telephone, although denying that any offer of a bribe was involved. There was, as the trial judge then said, no evidence that tied Mazza into the phone calls, and hence they were only relevant to the case against Rizzuto and not to the guilt of Mazza. However, in a later part of the charge the trial judge said this:

When I spoke to you earlier I said there might not be any evidence pointing to Mazza. On that, I was accepting what counsel had said that—you may recall when I read Thompson's evidence, on more than one occasion he said, "They told me this. They said that"—now that is direct evidence, if you accept that, you may think that Thompson had authority from both, but if you believe he did not have authority from Mazza then you don't hold that evidence against Mazza.

This clearly qualified, to Mazza's disadvantage, the earlier instruction, but it appears to have been prompted by the trial judge's reconsideration of Thompson's evidence and of the possible effect of the reference in that evidence to "they", meaning the two accused. The trial judge obviously felt that he should leave it to the jury to determine whether Thompson had authority to speak for Mazza as well as for Rizzuto. Assuming that this was a flaw in the charge, I do not think that it warrants the setting aside of the verdict and an order for a new trial. The case against Mazza apart from this, and in the light of my rejection of the other grounds of appeal, was very convincing and I would apply, in respect of the fifth ground of appeal, the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, as authorized by s. 623(1).

I would dismiss the appeal.

ble, que l'on peut déduire d'une tentative de supprimer une preuve, constitue un élément de preuve qu'un jury peut accepter à titre de corroboration du témoignage de la plaignante.

Dans son exposé au jury, le juge du procès a clairement indiqué, lorsqu'il a traité pour la première fois des appels téléphoniques du témoin Thompson à la plaignante et à son mari, qu'ils impliquaient seulement Rizzuto; celui-ci admet d'ailleurs avoir demandé à Thompson de téléphoner, mais nie avoir offert un pot-de-vin. Comme l'a souligné le juge du procès, rien dans la preuve ne permet d'établir un lien entre Mazza et les appels téléphoniques; en conséquence elle est pertinente dans le cas de Rizzuto et ne se rapporte en rien à la culpabilité de Mazza. Cependant, plus tard, le juge de première instance est revenu sur le sujet en ces termes:

[TRADUCTION] Lorsque je vous ai parlé plus tôt, je vous ai dit qu'il se pouvait que rien dans la preuve n'implique Mazza. A ce sujet, j'acceptais les propos des avocats—mais souvenez-vous, lorsque j'ai lu le témoignage de Thompson, il a dit à plusieurs reprises «Ils m'ont dit ceci. Ils m'ont dit cela»—c'est là une preuve directe, et vous pouvez l'accepter pour conclure que Thompson agissait à la demande des deux accusés; mais si vous ne croyez pas qu'il parlait au nom de Mazza, n'en tenez pas compte contre ce dernier.

Cette remarque modifie, au désavantage de Mazza, la première directive; le juge de première instance semble l'avoir jugée nécessaire après avoir reconsidéré le témoignage de Thompson et l'effet possible de la mention dans ce témoignage de «ils»,—au pluriel—c'est-à-dire les deux accusés. Le juge de première instance pensait manifestement qu'il appartenait au jury de déterminer si Thompson parlait au nom de Mazza comme en celui de Rizzuto. A supposer qu'il s'agisse d'une faille dans son exposé, je ne pense pas que cela justifie d'annuler le verdict et d'ordonner un nouveau procès. Mis à part ce point et compte tenu des autres motifs d'appel que je rejette, la preuve contre Mazza est très convaincante et j'applique, en ce qui concerne le dernier motif d'appel, les dispositions curatives de l'al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, comme le permet le par. 623(1).

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Brian H. Greenspan, Toronto.

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

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Brian H. Greenspan, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.