

**Randy James Dunlop and Graham Stanley
Sylvester** *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1978: December 6; 1979: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Parties — Aiding and abetting — Gang rape — Complainant identifying accused as two of her attackers — Charge denied — No evidence accused formed common intention with those involved to commit rape — Whether any evidence accused aided and abetted commission of offence — Criminal Code, s. 21(1) and (2).

The appellants were twice tried and convicted on a charge of rape. It was alleged that they unlawfully had sexual intercourse with the complainant without her consent. They were sentenced to serve six years in penitentiary. In an appeal taken following the second trial, the Manitoba Court of Appeal found error on the part of the trial judge, but by a three to two majority sustained the conviction by applying s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*. From that judgment an appeal was taken to this Court.

A gang rape of the complainant occurred late at night in an isolated area, the site of a former dump, where members of a motorcycle club were having a party. Some eighteen men had intercourse with the complainant while she was being held by two other members of the group. She identified the accused as two of the men who attacked her. The accused denied the charge. They testified that they had attended a meeting of the club at the dump earlier in the evening in question, and later were present in a beverage room where the complainant and a friend were spending some time. Still later, the accused delivered a quantity of beer at the dump. Dunlop saw a female having intercourse; with whom, he could not say, but he believed the person to be a member of the motorcycle club. After three minutes he and his co-accused left.

The issue for the jury was a simple one—did the two accused have intercourse with the complainant? She said that they had, and they denied it. The judge chose,

**Randy James Dunlop et Graham Stanley
Sylvester** *Appelants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1978: 6 décembre; 1979: 31 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 DU MANITOBA

Droit criminel — Parties — Aide et encouragement — Viol collectif — La plaignante a identifié les accusés comme étant deux de ses agresseurs — Accusation niée — Aucune preuve que les accusés ont formé un projet commun avec d'autres pour commettre le viol — Y a-t-il une preuve que les accusés ont aidé et encouragé la perpétration de l'infraction? — Code criminel, par. 21(1) et (2).

Les appelants ont été deux fois jugés et déclarés coupables de viol. On leur reproche d'avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante sans son consentement. On leur a imposé une peine de six ans d'incarcération. La Cour d'appel du Manitoba a jugé en appel de leur second procès que les directives du juge au jury contenaient des erreurs, mais par une majorité de trois contre deux, elle a maintenu la déclaration de culpabilité en appliquant le sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code*. Pourvoi a été interjeté devant cette Cour à l'encontre de cet arrêt.

Le viol collectif de la plaignante a eu lieu tard la nuit dans un endroit isolé, l'emplacement d'un ancien dépôt où des membres d'un club de motards s'étaient réunis pour fêter. Environ dix-huit hommes ont eu des rapports sexuels avec la plaignante pendant que deux autres membres du groupe la retenaient. Elle a identifié les accusés comme étant deux des hommes qui l'avaient agressée. Les accusés ont nié le tout. Ils ont témoigné qu'ils avaient assisté à une réunion du club au dépôt tôt le soir en question, puis qu'ils s'étaient rendus dans un cabaret où se trouvaient la plaignante et une amie. Plus tard, les accusés ont livré une certaine quantité de bière au dépôt. Dunlop a vu une personne de sexe féminin qui était en train d'avoir des rapports sexuels; il n'a pas pu dire avec qui mais il a cru que c'était un membre du club de motards. Trois minutes plus tard, lui et son co-accusé sont partis.

La question qui se posait au jury était fort simple: les deux accusés ont-ils eu des rapports sexuels avec la plaignante? Elle a déclaré que oui, eux l'ont nié. Le juge

however, to instruct the jury upon parties to an offence under s. 21 of the *Code*, and it was in this respect that the convictions were challenged.

Held (Martland, Ritchie and Pigeon JJ. dissenting): The appeals should be allowed.

Per Laskin C.J. and Spence, Dickson and Estey JJ.: It was common ground that the trial judge erred in charging the jury on s. 21(2) of the *Code*, common intention, when there was no evidence that the appellants had formed any common intention with those involved in the gang rape to commit rape upon the complainant.

Presence at the commission of an offence can be evidence of aiding and abetting if accompanied by other factors, such as prior knowledge of the principal offender's intention to commit the offence or attendance for the purpose of encouragement. In this case there was no evidence that while the crime was being committed either of the accused rendered aid, assistance, or encouragement to the rape of the complainant. There was no evidence of any positive act or omission to facilitate the unlawful purpose. One could infer that the two accused knew that a party was to be held, and that their presence at the dump was not accidental or in the nature of casual passers-by, but that was not sufficient. A person cannot properly be convicted of aiding and abetting in the commission of acts which he does not know may be or are intended. One must be able to infer that the accused had prior knowledge that an offence of the type committed was planned, *i.e.* that their presence was with knowledge of the intended rape.

The evidence failed to disclose any facts as distinguished from surmise or suspicion, upon which a jury could conclude beyond reasonable doubt that the accused had assumed a role which would qualify them as aiders and abettors under s. 21(1) of the *Code*.

In these circumstances, the trial judge erred in charging the jury on the alternative bases of (i) principal offender and (ii) aider and abettor.

The error, unfortunately, was compounded when the jury, which had retired at 3:15 p.m., returned at 5:40 with the following question: "If the accused were aware of a rape taking place in their presence and did nothing to prevent or persuade the discontinuance of the act, are they considered as an accomplice to the act under law?"

a cependant cru bon de donner des directives au jury sur la question des parties à une infraction en vertu de l'art. 21 du *Code* et c'est sur ce point que les déclarations de culpabilité ont été contestées.

Arrêt: (les juges Martland, Ritchie et Pigeon étant dissidents): Les pourvois doivent être accueillis.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson et Estey: Tous reconnaissent que le juge de première instance a commis une erreur en donnant des directives au jury quant au par. 21(2) du *Code*, le projet commun, vu qu'il n'y avait aucune preuve que les appelants avaient formé avec les participants au viol, le projet commun de violer la plaignante.

La présence au moment de la perpétration d'une infraction peut constituer une preuve d'aide et d'encouragement si elle est accompagnée d'autres facteurs, comme la connaissance préalable de l'intention de l'auteur de perpétrer l'infraction ou si elle a pour but l'incitation. En l'espèce, il n'y a aucune preuve qu'au cours de la perpétration de l'acte criminel, l'un ou l'autre des accusés ait fourni une aide, une assistance ou une incitation au viol de la plaignante. Il n'y a aucune preuve de quelque acte positif ou omission pour faciliter le dessein illicite. Il est possible de déduire que les deux accusés savaient qu'une fête allait avoir lieu et que leur présence au dépotoir n'était pas accidentelle ou qu'ils n'étaient pas des promeneurs occasionnels, mais cela ne suffit pas. Une personne ne peut être, à bon droit, déclarée coupable d'avoir aidé ou encouragé l'accomplissement d'actes répréhensibles alors qu'elle ne savait pas qu'on avait ou pouvait avoir l'intention de les commettre. On doit pouvoir déduire que les accusés avaient la connaissance préalable qu'une infraction du type de celle commise était projetée, *c.-à-d.* que leur présence s'accompagnait d'une connaissance du viol projeté.

La preuve ne révèle aucun fait, par opposition à des suppositions ou à des soupçons, qui permettrait à un jury de conclure au-delà de tout doute raisonnable que les accusés avaient joué un rôle qu'on pourrait qualifier d'aide ou d'encouragement aux termes du par. 21(1) du *Code*.

Dans ces circonstances, le juge de première instance a fait erreur en donnant au jury des directives sur l'alternative: (i) auteur principal et (ii) complice par aide et encouragement.

Malheureusement, l'erreur a été aggravée lorsque le jury, qui s'était retiré pour délibérer à 15 h 15 est revenu à 17 h 40 pour poser la question suivante: [TRADUCTION] «Si les accusés savaient qu'un viol avait lieu en leur présence et n'ont rien fait pour empêcher cet acte ou en amener l'auteur à y renoncer, sont-ils considérés

That question should have been answered in one word—"No." However, the judge, who initially intended to respond with a "No" answer, was persuaded, during argument, to the point of view, advanced for the first time on behalf of the Crown, that the accused might be guilty as parties to the offence under s. 21 of the *Code*.

The recharge was in error in three respects: (i) it was not responsive to the question asked; (ii) on the facts of the case, it might leave the jury with the impression that the accused could be parties to the offence if they knew that an offence was being committed and failed to do anything to hinder or prevent it; and (iii) the jury received no help in applying the instruction given; no act or omission was identified as providing a possible factual underpinning to the operation of s. 21.

The difficulty now faced by this Court was that it did not know, and would never know, whether the jury found the appellants guilty because they had had intercourse with the complainant, or by reason of the operation of subss. (1) or (2) of s. 21 of the *Code*. The Court did know from the question of the jury, and its timing, that after two hours and twenty-five minutes of deliberation the jury had not accepted the evidence of the complainant as to direct participation by the appellants. Fifteen minutes after resuming deliberation, following the recharge, the guilty verdict was returned.

This was not an appropriate case for the application of s. 613(1)(b)(iii). One could not say that the verdict would have been the same in the absence of error. In the circumstances a verdict of acquittal should be directed, rather than have the applicants undergo a third trial.

Per Beetz and Pratte JJ.: With respect to subs. 21(2), there was agreement in the Court of Appeal—and it was not challenged here—that the trial judge had erred in charging the jury in that respect. The difference in the Court of Appeal was solely as to the application of subpara. 613(1)(b)(iii) to such error. This was not a dissent on a question of law.

As to subs. 21(1), for the reasons given by Dickson J., the reply of the trial judge to the question of the jury was inadequate and amounted to a misdirection in law. One could not say, in the light of the evidence, that this error on the part of the trial judge caused the appellants no substantial wrong or miscarriage of justice. There-

comme complices en vertu de la loi?» La réponse à cette question tenait en un seul mot: «non». Cependant, le juge, qui avait d'abord eu l'intention de répondre «non» à la question, a été entraîné à adopter un autre point de vue, proposé pour la première fois par le ministère public, savoir, que les accusés pourraient être coupables à titre de parties à l'infraction aux termes de l'art. 21 du *Code*.

Les nouvelles directives étaient erronées à trois points de vue: (i) elles ne répondaient pas à la question posée; (ii) vu les faits de la cause, elles pouvaient laisser au jury l'impression que les accusés pouvaient être parties à l'infraction s'ils savaient qu'une infraction était en train d'être commise et s'ils ont omis de faire quelque chose pour l'empêcher ou l'arrêter; et (iii) le jury n'a reçu aucune aide pour appliquer la directive; on n'a identifié aucun acte ou omission qui aurait pu étayer dans les faits l'application de l'art. 21.

La difficulté que rencontre cette Cour est qu'elle ne sait pas et ne saura jamais si le jury a reconnu les appelants coupables parce qu'ils avaient eu des rapports sexuels avec la plaignante ou en raison de l'application des par. (1) ou (2) de l'art. 21 du *Code*. Mais elle sait par la question du jury et le moment où elle a été posée, qu'après deux heures et vingt-cinq minutes de délibérations, le jury n'avait pas accepté le témoignage de la plaignante quant à la participation directe des appelants. Quinze minutes après la reprise des délibérations, à la suite des nouvelles directives, le verdict de culpabilité a été rendu.

Ce n'est pas un cas approprié d'application du sous-al. 613(1)(b)(iii). On ne peut affirmer que le verdict aurait été le même s'il n'y avait pas eu d'erreur. Dans les circonstances, plutôt que de faire subir aux appelants un troisième procès, il faut ordonner un verdict d'acquiescement.

Les juges Beetz et Pratte: Pour ce qui est du par. 21(2), la Cour d'appel a été unanime pour dire que le juge de première instance avait fait erreur en donnant des directives au jury sur ce point, et cette conclusion n'a pas été contestée devant cette Cour. La divergence d'opinions en Cour d'appel portait seulement sur l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) à cette erreur. Cela ne constitue pas une dissidence sur une question de droit.

Quant au par. 21(1), pour les motifs qu'expose le juge Dickson, la réponse du juge de première instance à la question du jury n'était pas juste et constituait une directive erronée en droit. On ne peut dire, à la lumière de la preuve, que cette erreur du juge de première instance n'a causé aux appelants aucun tort important

fore, subpara. 613(1)(b)(iii) should not be invoked in respect to such error.

Per Martland, Ritchie and Pigeon JJ., dissenting: The third ground of dissent in the Court of Appeal did not constitute a dissent on a question of law. Paragraph (iii) of subs. 613(1)(b) gives to a court of appeal a discretionary power to dismiss an appeal from conviction, even where there has been a wrong decision by a trial court on a question of law if there has been no substantial wrong or miscarriage of justice resulting from that error. A disagreement by a dissenting judge regarding the exercise of that discretion is not a dissent on a question of law.

The first ground of dissent was that there was no evidence upon which the appellants could have been found to be parties to the offence under subs. 21(2) of the *Code*. Matas J.A., who delivered the main reasons of the majority, and with whom Freedman C.J.M. concurred, did not disagree on this point with the reasons of Hall J.A., who delivered the reasons of the minority. As stated by Matas J.A., with respect to the grounds of appeal on common intention, there was merit in the argument that the comments of the trial judge were inappropriate in the circumstances of the case. But it was apparent from the juror's question that the members were not troubled by the concept of common intention. In any event, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred.

With respect to the second ground of dissent, it was noted that whereas ground one referred to "no evidence," which is an issue of law, the second ground referred to "insufficient evidence in law" to make the appellants parties to the offence. Sufficiency of evidence is a matter for the jury. Dissent on this point was not a dissent on a question of law.

However, as the point had been thoroughly canvassed in argument, it was considered. The gist of the reasons of Hall J.A. was found in his statement that the presence of the accused at the dump, and their passive observation of a girl having sexual intercourse was not sufficient in law to make them parties to an offence under s. 21(1) of the *Code*. But the statement that the appellants were merely present at the dump and were passive observers of an act of sexual intercourse had to be based upon the evidence of the appellants. It was for the jury to decide whether or not to accept that evidence. The statement overlooked entirely other evidence on which the jury could conclude that the appellants had aided and abetted the commission of the offence. The

ou erreur judiciaire grave. Il ne faut donc pas appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) à cette erreur.

Les juges Martland, Ritchie et Pigeon, dissidents: Le troisième motif de dissidence de la Cour d'appel ne constitue pas une dissidence sur une question de droit. Le sous-al. (iii) de l'al. 613(1)(b) donne à une cour d'appel le pouvoir discrétionnaire de rejeter un appel d'une déclaration de culpabilité même lorsqu'un juge de première instance a rendu une décision erronée sur une question de droit s'il ne résulte de cette erreur aucun tort important ou erreur judiciaire grave. Le désaccord qu'exprime un juge dissident quant à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne constitue pas une dissidence sur une question de droit.

Le premier motif de dissidence est qu'il n'y avait aucune preuve permettant de conclure que les appelants étaient parties à l'infraction aux termes du par. 21(2) du *Code*. Le juge Matas, qui a exprimé les principaux motifs de la majorité, et dont le juge en chef Freedman a partagé l'opinion, était d'accord sur ce point avec les motifs donnés par le juge Hall qui a rédigé l'opinion de la minorité. Comme l'a dit le juge Matas, en ce qui concerne les moyens d'appel concernant le projet commun, l'argument que ces observations n'étaient pas justes compte tenu des circonstances de l'affaire, est bien fondé. Mais il ressort clairement de la question du juré que les membres du jury n'éprouvaient aucune difficulté quant à la notion de projet commun. Quoi qu'il en soit, il ne s'est produit aucun tort important ou erreur judiciaire grave.

Quant au deuxième motif de dissidence, il est à signaler qu'alors que le premier motif se rapporte à «l'absence de preuve», ce qui constitue une question de droit, le deuxième motif a trait à «l'insuffisance en droit de la preuve» pour rendre les appelants parties à l'infraction. La suffisance de preuve est une question qui relève du jury. La dissidence sur ce point n'est pas une dissidence sur une question de droit.

Cependant, comme cet argument a été exhaustivement débattu, il y a lieu de l'examiner. L'essence des motifs du juge Hall se trouve dans son affirmation que la présence des accusés au dépotoir et leur observation passive d'une jeune fille en train d'avoir des rapports sexuels ne suffisent pas en droit à les rendre parties à une infraction en vertu du par. 21(1) du *Code*. Mais l'affirmation que les appelants étaient simplement présents au dépotoir et de simples témoins passifs des rapports sexuels doit être fondée sur le témoignage des appelants. Il appartenait au jury de décider s'il devait accepter ces témoignages. L'affirmation ignore tout à fait les autres éléments de preuve qui permettraient au jury de conclure que les appelants avaient aidé et encou-

jury had been properly instructed as to what was necessary in order to establish aiding and abetting. The sufficiency of that evidence was solely a matter for the determination of the jury and was not a matter to be decided by the Court of Appeal.

As to the criticism of the trial judge for his response to the question asked by the jury, the reasons of Matas J.A. for his view that the Crown had satisfied the onus of showing that the trial judge did not err in either the instructions or the answer on the question of the applicability of s. 21(1) were adopted.

[*The Queen v. Warner*, [1961] S.C.R. 144; *The Queen v. Coney* (1882), 8 Q.B. 534; *Preston v. R.*, [1949] S.C.R. 156; *R. v. Dick* (1947), 2 C.R. 417; *R. v. Hoggan* (1965), 47 C.R. 256; *R. v. Salajko*, [1970] 1 C.C.C. 352; *R. v. Black* (1970), 10 C.R.N.S. 17; *R. v. Clarkson*, [1971] 3 All E.R. 344; *D.P.P. v. Maxwell*, [1978] 3 All E.R. 1140, referred to.]

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, dismissing an appeal by the accused from their conviction for rape following a second trial. Appeals allowed, Martland, Ritchie and Pigeon JJ. dissenting.

J. J. Gindin, for the appellants.

J. G. Dangerfield, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence, Dickson and Estey JJ. was delivered by

DICKSON J.—The appellants were twice tried and convicted on a charge of rape. The indictment alleges that on June 26, 1975, they did unlawfully have sexual intercourse with Brenda Ross without her consent. They were sentenced to serve six years in penitentiary. In an appeal taken following the second trial, the Manitoba Court of Appeal found error on the part of the trial judge, but by a three to two majority sustained the conviction by applying s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*. It is from that judgment that the present appeal is taken.

ragé la perpétration de l'infraction. Le jury a reçu des directives appropriées sur ce qui était nécessaire pour établir l'aide et l'encouragement. La suffisance de ces deux éléments de preuve relevait exclusivement de l'appréciation du jury et ne devait pas faire l'objet d'une décision de la Cour d'appel.

Quant aux critiques adressées au juge de première instance pour sa réponse à la question posée par le jury, on a adopté les motifs du juge Matas suivant lesquels le ministère public s'était acquitté de l'obligation de démontrer que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur ni dans ses directives ni dans la réponse à la question quant à l'application du par. 21(1).

[Jurisprudence: *La Reine c. Warner*, [1961] R.C.S. 144; *The Queen v. Coney* (1882), 8 Q.B. 534; *Preston c. R.*, [1949] R.C.S. 156; *R. v. Dick* (1947), 2 C.R. 417; *R. v. Hoggan* (1965), 47 C.R. 256; *R. v. Salajko*, [1970] 1 C.C.C. 352; *R. v. Black* (1970), 10 C.R.N.S. 17; *R. v. Clarkson*, [1971] 3 All E.R. 344; *D.P.P. v. Maxwell*, [1978] 3 All E.R. 1140]

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹, qui rejetait un appel des accusés formé contre leur déclaration de culpabilité de viol par suite d'un second procès. Pourvois accueillis, les juges Martland, Ritchie et Pigeon étant dissidents.

J. J. Gindin, pour les appelants.

J. G. Dangerfield, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence, Dickson et Estey a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Les appelants ont été deux fois jugés et déclarés coupables de viol. L'acte d'accusation leur reproche d'avoir, le 26 juin 1975, eu des rapports sexuels avec Brenda Ross sans le consentement de cette dernière. On leur a imposé une peine de six ans d'incarcération. La Cour d'appel du Manitoba a jugé en appel de leur second procès que les directives du juge au jury contenaient des erreurs, mais par une majorité de trois contre deux, elle a maintenu la déclaration de culpabilité en appliquant le sous-al. 613(1)b(iii) du *Code*. Le pourvoi est interjeté à l'encontre de cet arrêt.

¹ (1977), 37 C.C.C. (2d) 90.

¹ (1977), 37 C.C.C. (2d) 90.

The Facts

A rather detailed recital of the facts is essential to an understanding of the issues. In June 1975, Brenda Ross was sixteen years of age. On the night of the alleged offence, accompanied by a friend, Anne McGibney, she went to the Waldorf Hotel in the City of Winnipeg to listen to a band and drink beer.

A number of members of a motorcycle club known as the Spartans were present at the hotel. The two girls were joined at their table by two members of the club, one Hawryluk and the appellant Dunlop, and by a prospective member, one Douglas. During the evening the complainant consumed five or six glasses of beer. At about 11:30 p.m. she, riding on the back of Douglas' motorcycle, and Anne McGibney, riding on the back of Hawryluk's motorcycle, went briefly to the Balmoral Hotel. Leaving there, they proceeded on the motorcycles to an isolated area, the site of a former dump, located on Elmwood on the outskirts of Winnipeg. The Elmwood dump was favoured as a *rendez-vous* by motorcyclists because of the hillocks. After arrival, the four sat on the grass and talked for about five minutes, following which McGibney and Hawryluk went for a walk. The complainant and Douglas remained for three or four minutes, then Douglas left to repair his bike, leaving the complainant alone.

Lonely, she arose and went looking for McGibney and Hawryluk. At this moment four men in black leather jackets bearing the Spartan emblem arrived on motorcycles. They approached the complainant, picked her up by the arms and legs, carried her to a nearby area bordering a creek and threw her on the ground. By this time, quite a few other men, similarly dressed, arrived. The complainant's clothes were torn from her, and each of the men, about eighteen in number, had intercourse with her while she was being held by two of the others. On direct examination the complainant was asked whether she was able to recognize any of the men who had had intercourse, to which she replied "Yes, those two right there", looking at the appellants Dunlop and Sylvester. The night was very dark, but the complainant explained that after the men had laid her down a bonfire had been lighted, and she could see by the light of the fire. At one

Les faits

Pour bien comprendre les questions en litige, il est nécessaire de relater les faits en détail. En juin 1975, Brenda Ross était âgée de seize ans. Durant la soirée où a eu lieu l'infraction reprochée, elle s'est rendue à l'hôtel Waldorf à Winnipeg avec une amie, Anne McGibney, pour y écouter un ensemble de musiciens et y boire de la bière.

Un certain nombre de membres d'un club de motards appelé les «Spartans» se trouvaient à l'hôtel. Deux membres du club, un nommé Hawryluk et l'appelant Dunlop ainsi qu'un aspirant membre, un nommé Douglas, se sont joints aux deux jeunes filles à leur table. Durant la soirée, la plaignante a bu cinq ou six verres de bière. Vers 23h30, la plaignante, sur la motocyclette de Douglas, et Anne McGibney sur celle de Hawryluk, se sont rendues brièvement à l'hôtel Balmoral. Quittant l'hôtel, le groupe s'est dirigé en motocyclette vers un endroit isolé, l'emplacement d'un ancien dépôt situé à Elmwood dans les environs de Winnipeg. Les motocyclistes se rencontraient souvent sur ce terrain vallonné. Les quatre se sont assis sur l'herbe et ont causé pendant environ cinq minutes après quoi McGibney et Hawryluk sont allés se promener. La plaignante et Douglas sont demeurés trois ou quatre minutes de plus, puis Douglas est allé réparer sa motocyclette, laissant la plaignante seule.

Se sentant seule, la plaignante partit à la recherche de McGibney et Hawryluk. A cet instant, quatre hommes en vestes de cuir noir portant l'emblème des «Spartans» sont arrivés en motocyclette. Ils ont abordé la plaignante, l'ont soulevée par les bras et les jambes, transportée vers un endroit non loin de là près d'un ruisseau et jetée par terre. Sur les entrefaites, plusieurs autres hommes vêtus de la même façon étaient arrivés. On a arraché les vêtements de la plaignante et chacun des hommes, au nombre d'environ dix-huit, a eu des rapports sexuels avec elle pendant que deux d'entre eux la retenaient. Dans son interrogatoire principal, le substitut du procureur général a demandé à la plaignante si elle pouvait reconnaître certains des hommes qui avaient eu des rapports sexuels avec elle et elle a répondu [TRADUCTION]: «Oui ces deux-là, là-bas» en désignant des yeux les appelants Dunlop et Sylvester. La nuit était très

point she was threatened with a knife. There are more unpleasant details, but they need not be here recounted.

The following day the complainant picked Dunlop from a police lineup as one of the men who had attacked her. Sylvester was identified in a second lineup later the same day. Asked by Crown counsel what it was about them that made it possible for her to recall the two men so clearly, the complainant answered "Well, not really that much, but I seen their faces as they were getting on top of me." Later, she testified that she remembered very clearly the two accused, and that she was positive in her identification. She conceded on cross-examination that neither of the two accused was among the four men who first approached her, nor had either of them pinned her arms or produced a knife. Her sole testimony implicating the two accused was to the effect that each of them had performed the physical act of intercourse with her during the course of the sexual attack. The case for the Crown was put forward on that footing.

Each of the accused gave evidence. Dunlop testified that he had attended a meeting of the Spartan Motorcycle Club at the Elmwood dump early in the evening in question, at which time Douglas had been introduced as a prospective member. Later, according to his evidence, Dunlop went to the Waldorf Hotel, joined the two girls at a table for a while, and then played pool until he left the hotel at about 1:00 a.m. He explained that Sylvester had been asked to bring beer to the dump for a party. He, Dunlop, accompanied Sylvester in the latter's car to the Vibrations discotheque, where they remained about half-an-hour and then proceeded to the dump, arriving at 2:15 a.m. Upon arrival, he said, he and Sylvester "grabbed the beer which was four cases," walked over to the top of a knoll and set down the beer. Douglas was there. He told Sylvester that everyone was angry over the delay in delivering the

noire mais la plaignante a expliqué qu'après que les hommes l'eurent couchée par terre, on avait allumé un feu de camp et qu'elle pouvait voir à la lueur du feu. A un moment donné, on l'a menacée avec un couteau. Il y a bien d'autres détails désagréables mais il n'est pas nécessaire de les relater.

Le lendemain, la plaignante a désigné Dunlop dans une parade d'identification comme étant un des hommes qui l'avaient agressée. Sylvester a été identifié dans une seconde parade plus tard le même jour. Interrogée par le substitut du procureur général quant aux caractéristiques physiques des accusés qui lui avaient permis de les reconnaître, la plaignante a répondu: [TRADUCTION] «Eh bien, il n'y en avait vraiment pas beaucoup mais j'ai vu leur visage alors qu'ils étaient sur moi.» Plus tard, elle a déclaré dans son témoignage qu'elle se souvenait très clairement des deux accusés et qu'elle était certaine de son identification. En contre-interrogatoire, elle a admis que ni l'un ni l'autre des deux accusés n'était parmi les quatre hommes qui l'avaient d'abord abordée et que ni l'un ni l'autre ne l'avait immobilisée par les bras ou menacée d'un couteau. La seule partie de son témoignage impliquant les deux accusés était que chacun d'entre eux avait eu avec elle des rapports sexuels pendant l'agression. Voilà ce que le ministère public a présenté comme preuve à charge.

Chacun des accusés a témoigné en défense. Dunlop a déclaré qu'il avait assisté à une réunion du Spartan Motorcycle Club au dépotoir d'Elmwood tôt le soir en question et qu'à ce moment-là, on avait présenté Douglas comme aspirant membre. Plus tard, d'après son témoignage, Dunlop est allé à l'hôtel Waldorf, s'est joint aux deux jeunes filles à une table pendant quelque temps, puis a joué au billard jusqu'à son départ de l'hôtel à 1 h du matin. Il a expliqué qu'on avait demandé à Sylvester d'apporter de la bière au dépotoir pour fêter. Il (Dunlop) a accompagné Sylvester dans la voiture de ce dernier jusqu'à la discothèque «Vibrations» où ils sont demeurés environ une demi-heure pour prendre le chemin du dépotoir où ils sont arrivés à 2 h 15. En arrivant dit-il, Sylvester et lui [TRADUCTION] «ont pris les quatre caisses de bière», se sont dirigés jusqu'au sommet d'une colline et y ont déposé la bière.

beer. Dunlop walked to the other side of the knoll and noticed a few people down near the creek bed about twenty-five yards distant. Some of them displayed their ire at the delay in fetching the beer, by yelling at Dunlop and Sylvester. Dunlop saw a female having intercourse; with whom, he could not say, but he believed the person to be a Spartan. After three minutes he and Sylvester left. Dunlop denied having intercourse with Brenda Ross, or in any way assisting anyone else to have intercourse with her. Sylvester's evidence was to the same effect as that of Dunlop.

The issue for the jury was a simple one—did the two accused have intercourse with Brenda Ross? She said that they had, and they denied it. The issue was well formulated by the trial judge just before the conclusion of his summing up, in these words:

If you accept the evidence of Brenda Ross, and if after weighing all the evidence you come to the conclusion that you are satisfied beyond a reasonable doubt that the two accused did have sexual intercourse with Brenda Ross without her consent, then you may find them both guilty as charged.

If, on the other hand you have reasonable doubt that either one or both accused participated in this way, then you must give that particular accused the benefit of that reasonable doubt and acquit the accused on the charge.

That is all the case was about. The judge chose, however, to instruct the jury upon parties to an offence under s. 21 of the *Code*, and it is in this respect that the convictions are challenged. The general effect of s. 21 is to make equally culpable (i) the person who actually commits the offence, (ii) any person who aids or abets in committing the offence, and (iii) persons who form an intention in common to carry out an unlawful purpose leading to the commission of the offence.

Section 21(2) of the *Criminal Code*

The first ground of appeal is that the trial judge erred in charging the jury on s. 21(2) of the *Code*, common intention, when there was no evidence

Douglas qui était là a dit à Sylvester que tout le monde était furieux parce que la bière n'arrivait pas. Dunlop est allé de l'autre côté de la colline et a vu quelques personnes près du lit du ruisseau à environ vingt-cinq verges de là. Certaines d'entre elles ont manifesté leur aigreur à l'endroit de Dunlop et de Sylvester à cause du retard à livrer la bière. Dunlop a vu une personne de sexe féminin qui était en train d'avoir des rapports sexuels; il n'a pu dire avec qui mais croit que c'était un «Spartan». Trois minutes plus tard, Sylvester et lui sont partis. Dunlop a nié avoir eu des rapports sexuels avec Brenda Ross ou avoir de quelque façon aidé quelqu'un d'autre à avoir des rapports sexuels avec elle. Le témoignage de Sylvester allait dans le même sens que celui de Dunlop.

La question qui se posait au jury était fort simple: les deux accusés ont-ils eu des rapports sexuels avec Brenda Ross? Elle a déclaré que oui, eux l'ont nié. La question a été bien formulée par le juge de première instance juste avant la fin de son adresse au jury:

[TRADUCTION] Si vous acceptez le témoignage de Brenda Ross et si, après avoir pesé toute la preuve, vous êtes convaincus au-delà de tout doute raisonnable que les deux accusés ont réellement eu des rapports sexuels avec Brenda Ross sans son consentement, vous pouvez les déclarer tous deux coupables de l'accusation portée.

Si, par contre, vous avez un doute raisonnable que l'un des accusés ait participé de cette manière, vous devez alors donner à cet accusé le bénéfice du doute raisonnable et l'acquitter.

C'était là la seule question soulevée. Le juge a cependant cru bon de donner des directives au jury sur la question des parties à une infraction en vertu de l'art. 21 du *Code* et c'est sur ce point que les déclarations de culpabilité sont contestées. L'article 21 rend également coupables (i) la personne qui commet réellement l'infraction, (ii) toute personne qui aide ou encourage quelqu'un à commettre l'infraction et (iii) les personnes qui forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale conduisant à la perpétration de l'infraction.

Le paragraphe 21(2) du *Code criminel*

Suivant le premier moyen d'appel, le juge de première instance a commis une erreur en donnant des directives au jury quant au par. 21(2) du *Code*,

that the appellants Dunlop and Sylvester had formed any common intention with those involved in the gang rape to commit rape upon Brenda Ross. It is common ground that the trial judge erred in this respect. Crown counsel concedes as much. There was no evidence that the appellants participated in a plan or scheme to lure the complainant to the dump as part of the initiation proceeding. In the Court of Appeal for Manitoba, Mr. Justice Matas, writing for the majority of the Court, considered that there was "merit in the appellants' argument that the comments were inappropriate in the circumstances of the case." Mr. Justice Hall, writing the minority opinion, said:

In my respectful opinion, there was no evidence upon which a jury, properly instructed, could find or infer that the accused were parties to an offence under that subsection. In my view, it was a pure invitation to the jury to resort to surmise, speculation and conjecture, as opposed to proper legal inference, against which they were cautioned not to do in the general charge.

Section 21(1) of the *Criminal Code*

The second ground of appeal was set out in the formal judgment of the Court of Appeal in this manner:

2. That the Learned Trial Judge erred in charging the Jury with respect to Section 21(1) of the *Criminal Code*, as there was insufficient evidence in law to make the Appellant . . . a party to the offence.

In ascertaining the real ground upon which dissent is based, if the formal judgment fails to make that clear, this Court may look to the written reasons of the dissenting judges: *Roy v. The King*², at p. 43, *per* Crocket J. and *Savard and Lizotte v. The King*³, at p. 23, *per* Taschereau J.

Mr. Justice Hall in his dissenting judgment left no doubt that the "insufficient evidence in law," of which he spoke, was insufficient in the sense that the trial judge ought not to have charged the jury at all with respect to s. 21(1):

le projet commun, vu qu'il n'y avait aucune preuve que les appelants Dunlop et Sylvester avaient formé avec les participants au viol, le projet commun de violer Brenda Ross. Tous reconnaissent l'erreur du juge de première instance sur ce point, y compris le substitut du procureur général. Il n'y avait aucune preuve de la participation des appelants à un projet ou à un dessein en vue d'attirer la plaignante au dépotoir pour participer au rite d'initiation. En Cour d'appel du Manitoba, le juge Matas, s'exprimant au nom de la majorité, était d'avis que: [TRADUCTION] «l'argument des appelants, selon lequel ces commentaires n'étaient pas appropriés dans les circonstances était fondé.» Le juge Hall, rédigeant l'opinion de la minorité, a dit:

[TRADUCTION] Avec égards, j'estime qu'il n'y a aucune preuve qui aurait permis à un jury ayant reçu des directives appropriées, de conclure ou de déduire que les accusés étaient parties à l'infraction visée à ce paragraphe. A mon avis, cela constituait purement et simplement une invitation au jury à avoir recours à des suppositions et à des conjectures plutôt qu'à un raisonnement juridiquement correct, ce contre quoi la partie générale des directives les mettait en garde.

Le paragraphe 21(1) du *Code criminel*

Le second moyen d'appel reprend la partie suivante du jugement formel de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] 2. Que le savant juge de première instance a commis une erreur en donnant au jury des directives concernant le par. 21(1) du *Code criminel*, puisque la preuve n'était pas suffisante en droit pour conclure que l'appelant . . . était partie à l'infraction.

Si le jugement formel ne permet pas de dégager le véritable motif d'une dissidence, cette Cour peut le chercher dans les motifs écrits des juges dissidents; *Roy c. Le Roi*², à la p. 43, motifs du juge Crocket, et *Savard et Lizotte c. Le Roi*³, à la p. 23, motifs du juge Taschereau.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Hall a clairement laissé entendre que la «preuve insuffisante en droit» dont il parlait était insuffisante en ce que le juge de première instance aurait dû s'abstenir de toute mention du par. 21(1) dans son adresse au jury:

² [1938] S.C.R. 32.

³ [1946] S.C.R. 20.

² [1938] R.C.S. 32.

³ [1946] R.C.S. 20.

The presence of the accused at the dump, and their passive observation of a girl having sexual intercourse is not sufficient in law to make them parties to an offence under s. 21(1) of the *Code*.

The case for the Crown should have been allowed to stand or fall on the issue of whether the Crown had proved beyond a reasonable doubt that the accused were two of the Spartans who had sexual intercourse with Ross against her will ... The charge should have stopped there.

As I read this passage, there is no suggestion that the evidence was insufficient to support a conviction, which is a question of fact or, at best, a question of mixed fact and law. That was the situation in *The Queen v. Warner*⁴. The error alleged in the dissent here is that there was insufficient evidence to go to the jury under s. 21(1), as opposed to insufficient evidence to support the jury's verdict. The question of whether there is sufficient evidence to go to the jury, *i.e.* any evidence upon which a jury, properly instructed, could find the appellants guilty as parties to the offence under s. 21(1), is a question of law, which can found an appeal to this Court under s. 618(1)(a): *The King v. Décary*⁵, at p. 83, and *Calder v. The Queen*⁶, at pp. 896-7, *per* Cartwright J.

On s. 21(1) of the *Code*, the jury was instructed as follows:

Secondly, I should also instruct you on the law relating to parties to an offence. Section 21(1) of the *Criminal Code*, reads as follows:

Everyone is a party to an offence who:

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

Abets, that word abets means encourages, supports, upholds. It is another way of expressing a person giving assistance to someone committing the offence. Everyone who aids and encourages the person in the commission of the offence is as guilty as the person who commits the actual criminal act.

[TRANSLATION] La présence des accusés au dépotoir et leur observation passive d'une jeune fille en train d'avoir des rapports sexuels ne suffisent pas en droit à les rendre parties à une infraction en vertu du par. 21(1) du *Code*.

Le sort de l'accusation aurait dû porter uniquement sur la question de savoir si le ministère public avait prouvé au-delà de tout doute raisonnable que les accusés étaient deux des «Spartans» qui avaient eu des rapports sexuels avec Ross contre son consentement ... Les directives du juge auraient dû s'arrêter là.

A mon avis, rien dans ce passage ne laisse entendre que la preuve était insuffisante pour fonder une déclaration de culpabilité, ce qui est une question de fait ou, tout au plus, une question mixte de fait et de droit. C'est la situation qui se présentait dans *La Reine c. Warner*⁴. L'erreur relevée dans la dissidence en l'espèce est que la preuve n'était pas suffisante pour qu'on soumette la question au jury au sens du par. 21(1), et non qu'elle était insuffisante pour justifier le verdict du jury. La question de savoir si la preuve est suffisante pour qu'on la soumette au jury, c'est-à-dire s'il existe quelque preuve qui permette à un jury ayant reçu des directives appropriées de déclarer les appelants coupables parce que parties à l'infraction au sens du par. 21(1), est une question de droit qui peut faire l'objet d'un pourvoi devant cette Cour en vertu de l'al. 618(1)a): *Le Roi c. Décary*⁵, à la p. 83, et *Calder c. La Reine*⁶, aux pp. 896 et 897, motifs du juge Cartwright.

Le jury a reçu les directives suivantes concernant le par. 21(1) du *Code*:

[TRANSLATION] Deuxièmement, je dois également vous parler du droit relatif aux parties à une infraction. Le paragraphe 21(1) du *Code criminel* se lit comme suit:

Est partie à une infraction quiconque:

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

Encourage, ce mot veut dire inciter, appuyer, soutenir. C'est une autre façon d'exprimer qu'on fournit assistance à celui qui commet l'infraction. Quiconque aide ou incite une personne à commettre une infraction est aussi coupable que la personne qui commet l'acte criminel.

⁴ [1961] S.C.R. 144.

⁵ [1942] S.C.R. 80.

⁶ [1960] S.C.R. 892.

⁴ [1961] R.C.S. 144.

⁵ [1942] R.C.S. 80.

⁶ [1960] R.C.S. 892.

To find that the accused is guilty of aiding or abetting the commission of an offence by another person, it is only necessary to show that he understood what was being done and by some act on his part assisted or encouraged the attainment of that act.

Mere presence at the scene of a crime is not sufficient to ground culpability. Something more is needed: encouragement of the principal offender; an act which facilitates the commission of the offence, such as keeping watch on enticing the victim away, or an act which tends to prevent or hinder interference with accomplishment of the criminal act, such as preventing the intended victim from escaping or being ready to assist the prime culprit. Thus, in an early work, *Foster's Crown Law*, p. 350, we read:

... in order to render a person an accomplice and a principal in felony, he must be aiding and abetting at the fact, or ready to afford assistance if necessary, and therefore if A. happeneth to be present at a murder, for instance, and taketh no part in it, nor endeavoureth to prevent it, nor apprehendeth the murderer, nor levyeth hue and cry after him, this strange behaviour of his, though highly criminal, will not of itself render him either principal or accessory.

The leading case of *R. v. Coney*⁷ decided that non-accidental presence at the scene of the crime was not conclusive of aiding and abetting. The accused were present at a prize fight, then illegal, though taking no part in the management of the fight. It did not appear that the accused said or did anything. The chairman of the quarter sessions directed the jury that, prize fights being illegal, all persons who went to a fight to see the combatants strike each other, and being present when they did so, were guilty of assault unless they were casually passing by. If they stayed at the place, they encouraged it by their presence although they did not say or do anything. Eight of the eleven judges hearing the case reserved were of opinion that the direction was not correct. Two passages from the judgment of Cave J. at p. 539 bear repeating:

Pour conclure que l'accusé est coupable d'avoir aidé ou encouragé la perpétration d'une infraction par une autre personne, il suffit de démontrer qu'il comprenait ce que l'on faisait et que, par quelque acte de sa part, il a fourni une assistance ou une incitation propres à la réalisation de cette infraction.

La simple présence sur les lieux d'un crime n'est pas suffisante pour conclure à la culpabilité. Il faut faire quelque chose de plus: encourager l'auteur initial; faciliter la perpétration de l'infraction, comme monter la garde ou attirer la victime, ou accomplir un acte qui tend à faire disparaître les obstacles à la perpétration de l'acte criminel, comme par exemple empêcher la victime de s'échapper ou encore se tenir prêt à aider l'auteur principal. Ainsi, dans un ouvrage ancien, *Foster's Crown Law*, à la p. 350, on peut lire:

[TRADUCTION] ... pour qu'une personne soit complice et coauteur d'une félonie, il faut qu'elle aide et encourage au moment du fait, ou soit prête à fournir une assistance si nécessaire; il s'ensuit donc que si A, par exemple, est témoin d'un meurtre sans toutefois y prendre part ni tenter de l'empêcher ou d'arrêter le meurtrier par la force ou des cris, ce comportement étrange, bien que hautement criminel, ne suffit pas en soi à faire de cette personne un complice.

L'arrêt qui fait autorité, *R. v. Coney*⁷ a établi qu'une présence non accidentelle sur les lieux du crime n'équivaut pas à aide et encouragement. Les accusés assistaient à un combat rémunéré (alors interdit par la loi) sans avoir participé à son organisation. Rien ne démontrait que les accusés aient dit ou fait quoi que ce soit. Dans ces directives, le président des *quarter sessions* a dit au jury que les combats rémunérés étant interdits par la loi, tous ceux qui s'y rendaient pour voir les combattants et qui étaient présents au cours de l'engagement, étaient coupables de voies de fait à moins de se trouver sur les lieux de façon fortuite et passagère. S'ils demeuraient sur les lieux, ils encourageaient la perpétration de l'infraction par leur présence, même s'ils ne faisaient ou ne disaient rien. Parmi les onze juges qui ont décidé la question réservée dans cette cause, huit étaient d'avis que la directive était irrégulière. Deux passages des motifs du juge Cave, à la p. 539, méritent d'être répétés:

⁷ (1882), 8 Q.B. 534.

⁷ (1882), 8 Q.B. 534.

Now it is a general rule in the case of principals in the second degree that there must be participation in the act, and that, although a man is present whilst a felony is being committed, if he takes no part in it, and does not act in concert with those who commit it, he will not be principal in the second degree merely because he does not endeavour to prevent the felony, or apprehend the felon.

and,

... Where presence may be entirely accidental, it is not even evidence of aiding and abetting. Where presence is *prima facie* not accidental it is evidence, but no more than evidence, for the jury.

Hawkins J. in a well-known passage had this to say, p. 557:

In my opinion, to constitute an aider and abettor some active steps must be taken by word, or action, with the intent to instigate the principal, or principals. Encouragement does not of necessity amount to aiding and abetting, it may be intentional or unintentional, a man may unwittingly encourage another in fact by his presence, by misinterpreted words, or gestures, or by his silence, or non-interference, or he may encourage intentionally by expressions, gestures, or actions intended to signify approval. In the latter case he aids and abets, in the former he does not. It is no criminal offence to stand by, a mere passive spectator of a crime, even of a murder. Non-interference to prevent a crime is not itself a crime. But the fact that a person was voluntarily and purposely present witnessing the commission of a crime, and offered no opposition to it, though he might reasonably be expected to prevent and had the power so to do, or at least to express his dissent, might under some circumstances, afford cogent evidence upon which a jury would be justified in finding that he wilfully encouraged and so aided and abetted. But it would be purely a question for the jury whether he did so or not. So if any number of persons arrange that a criminal offence shall take place, and it takes place accordingly, the mere presence of any of those who so arranged it would afford abundant evidence for the consideration of a jury of an aiding and abetting.

[TRANSLATION] Or, la règle générale applicable aux complices est qu'il doit y avoir participation à l'acte et que le témoin d'une félonie, s'il ne prend aucune part à sa perpétration et n'agit pas de concert avec son auteur, n'est pas complice pour la seule raison qu'il n'a pas tenté d'en empêcher la perpétration ou d'arrêter le félon.

et:

... Lorsque la présence est tout à fait accidentelle, elle n'est pas un élément de preuve susceptible d'établir l'aide et l'encouragement. Lorsque, *prima facie*, la présence n'est pas accidentelle, elle constitue pour le jury un élément de preuve et rien de plus.

Le juge Hawkins, dans un passage bien connu, dit à la p. 557:

[TRANSLATION] Selon moi, pour qu'il y ait aide ou encouragement, il faut une démarche active, par des mots ou des actes, ainsi qu'une intention de pousser l'auteur ou les coauteurs à faire quelque chose. L'incitation ne constitue pas nécessairement une aide et un encouragement; elle peut être intentionnelle ou non intentionnelle: une personne peut, sans le savoir, apporter un encouragement à une autre personne par sa présence, par des mots mal interprétés ou par des gestes ou par son silence, ou en n'intervenant pas, ou elle peut l'inciter intentionnellement par des expressions, des gestes ou des actes qui ont pour but de manifester son approbation. Dans le second cas, elle aide et encourage; dans le premier, elle ne le fait pas. Ce n'est pas une infraction criminelle d'assister, en simple spectateur passif, à un crime, même un meurtre. Ne pas intervenir pour empêcher un crime n'est pas en soi un crime. Cependant, qu'une personne soit volontairement et à dessein témoin d'un crime sans aucunement s'y opposer, alors qu'on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'elle l'empêche et qu'elle avait le pouvoir de l'empêcher, ou au moins d'exprimer sa désapprobation, cela peut, dans certaines circonstances, constituer une preuve convaincante qui permettra à un jury de conclure qu'elle a intentionnellement incité et donc aidé et encouragé. Cependant, la question de savoir si elle l'a fait ou non relève exclusivement du jury. Ainsi, si un certain nombre de personnes prennent des mesures pour qu'une infraction criminelle ait lieu et que cette infraction a lieu en conséquence, la seule présence de n'importe laquelle des personnes qui ont pris de telles mesures serait un élément important de preuve quant à l'aide et à l'encouragement qui devrait être laissé à l'appréciation du jury.

In this Court the question of aiding and abetting was canvassed in *Preston v. R.*⁸ The appellant and another were accused of having set fire to a school. Mr. Justice Estey delivered the majority judgment in this Court, in the course of which he stated (p. 159) that in order to find the appellant guilty of aiding, abetting, counselling or procuring, it was only necessary to show that he understood what was taking place and by some act on his part encouraged or assisted in the attainment thereof. Later he said (p. 160) that mere presence does not constitute aiding and abetting, but presence under certain circumstances may itself be evidence thereof. He proceeded to review the evidence and concluded, p. 161:

If appellant's explanation was not believed by the jury there was *evidence in addition to his mere presence* upon which they might well conclude that he was guilty of aiding, abetting, counselling or procuring. (Emphasis added.)

Two Canadian cases make the distinction between presence with prior knowledge, and accidental presence. In *R.v. Dick*⁹, the accused was charged with the murder of her husband. According to her own statement, she met her husband and Bohozuk, a friend, and they went with her in a borrowed car, her husband in the front seat and Bohozuk in the back. The two men began to quarrel, both were drinking; Bohozuk pulled a gun and shot Mr. Dick. It was not a happy marriage, nor were Mr. Dick and Bohozuk on best of terms. There was some surrounding evidence casting doubt upon the non-involvement of the accused. As Chief Justice Robertson noted, she did not admit that there was any design, nor that she knew Bohozuk intended to shoot Dick, nor even that she knew Bohozuk had a weapon with him. Yet the trial judge gave only general directions on aiding and abetting to the jury. Robertson C.J.O. concluded at pp. 432-3:

Cette Cour a étudié la question de l'aide et de l'encouragement dans *Preston c. R.*⁸ L'appelant et une autre personne étaient accusés d'avoir mis le feu à une école. Dans le jugement qu'il a rendu pour la majorité de cette Cour, le juge Estey dit (à la p. 159) que pour que l'appelant soit déclaré coupable d'avoir aidé, encouragé, conseillé ou favorisé, il suffit de démontrer qu'il comprenait ce qui se passait et que, par un acte quelconque de sa part, il a incité ou contribué à la réalisation de l'infraction. Plus loin, il écrit (à la p. 160) que la simple présence ne constitue pas une aide et un encouragement, mais que la présence dans certaines circonstances peut en soi en constituer une preuve. Après avoir passé la preuve en revue, il a conclu, à la p. 161:

[TRADUCTION] Si le jury n'a pas cru l'explication de l'appelant, à sa simple présence s'ajoutaient des éléments de preuve à partir desquels le jury pouvait bien conclure qu'il était coupable d'avoir aidé, encouragé, conseillé ou favorisé. (Les italiques sont de moi.)

Deux arrêts canadiens établissent une distinction entre la présence avec connaissance préalable, et la présence accidentelle. Dans *R. v. Dick*⁹, l'accusée avait à répondre du meurtre de son mari. Suivant sa propre déclaration, elle avait rencontré son mari et Bohozuk, un ami, qui l'avaient accompagnée dans une voiture empruntée. Son mari prenait place à l'avant et Bohozuk à l'arrière. Les deux hommes ont commencé à se quereller, tous deux buvaient; Bohozuk sortit une arme et abattit M. Dick. Le mariage n'était pas des plus heureux et M. Dick et Bohozuk n'étaient pas en bons termes. Certains éléments de preuve soulevaient des soupçons quant à la participation de l'accusée. Comme l'a fait observer le juge en chef Robertson, elle n'a pas admis qu'il existait un projet, ni qu'elle savait que Bohozuk avait l'intention d'abattre Dick, ni même qu'elle savait que Bohozuk était armé. Cependant, le juge du procès n'a donné que des directives générales au jury sur la notion d'aide et d'encouragement. Le juge en chef Robertson a conclu aux pp. 432 et 433:

⁸ [1949] S.C.R. 156.

⁹ (1947), 2 C.R. 417 (Ont. C.A.).

⁸ [1949] R.C.S. 156.

⁹ (1947), 2 C.R. 417 (Ont. C.A.).

Now, while it may be that a jury might infer from the evidence a good deal that is not expressly admitted, it is not at all certain that this jury did infer that the appellant knew more than she admits knowing of Bohozuk's then present purpose. This jury should have been instructed that if they found that the appellant was no more than passively acquiescent at the time of the shooting and that she had no reason to expect that there would be any shooting until it actually occurred, then s. 69 did not apply.

In the result, a new trial was ordered.

In *R. v. Hoggan*¹⁰, the charge was that the accused aided and abetted in wilfully attempting to defeat the course of justice by attempting to dissuade a witness from giving evidence. Johnson J.A. concluded at p. 260:

There are two things that must be proved before an accused can be convinced of being a party by aiding and abetting. It must be proved that he had knowledge that the principal intended to commit the offence and that the accused aided and abetted him. Where there is no knowledge that an offence is to be committed, the presence of an accused at the scene of the crime cannot be a circumstance which could be evidence of aiding and abetting.

The basis for Johnson J.A.'s approach to aiding and abetting is found in *Preston* and *Coney*, both of which he cites.

The case of *R. v. Salajko*¹¹ is like the instant case in many respects. A girl was raped by fifteen young men in a lonely field. Three were charged. Two of these were identified as having had intercourse with the girl. She admitted, however, that the third accused, Salajko, though seen to be near the girl with his pants down while she was being raped by others, did not have intercourse with her. The Crown placed its case against him on s. 21(1)(b) and (c) of the *Criminal Code*. One might be forgiven for thinking that it was open to the jury to infer encouragement by conduct, but the

[TRANSLATION] Or, bien qu'à partir des éléments de preuve un jury puisse déduire un grand nombre de choses qui ne sont pas expressément admises, il n'est pas du tout certain qu'en l'espèce le jury a effectivement déduit que l'appelante en savait plus long qu'elle ne l'a admis sur le projet de Bohozuk. On aurait dû expliquer au jury que s'il concluait que l'appelante n'avait rien fait de plus qu'acquiescer passivement au moment de l'acte et qu'elle n'avait aucun motif de s'attendre au meurtre avant que celui-ci ne se produise, l'art. 69 ne s'applique pas.

Finalement, on ordonna un nouveau procès.

Dans *R. v. Hoggan*¹⁰, on reprochait à l'accusé d'avoir aidé et encouragé quelqu'un à contrecarrer volontairement le cours de la justice en tentant de dissuader une personne de rendre témoignage. Le juge Johnson a conclu à la p. 260:

[TRANSLATION] On doit prouver deux choses avant de pouvoir déclarer un accusé coupable d'avoir participé en aidant et en encourageant. Il faut prouver qu'il savait que l'auteur de l'infraction avait l'intention de la commettre et que l'accusé l'a aidé et encouragé. S'il ne sait pas qu'une infraction sera commise, sa présence sur les lieux du crime n'est pas un fait qui peut constituer une preuve d'aide et d'encouragement.

La façon dont le juge Johnson a abordé la question de l'aide et de l'encouragement trouve son fondement dans les arrêts *Preston* et *Coney*, tous deux cités dans son jugement.

L'affaire *R. v. Salajko*¹¹, ressemble à la présente espèce sous bien des rapports. Une jeune fille a été violée par quinze jeunes hommes dans un champ désert. Trois d'entre eux ont été accusés, dont deux ont été identifiés comme ayant eu des rapports sexuels avec la jeune fille. Celle-ci a toutefois admis que le troisième accusé, Salajko, bien qu'il ait été vu le pantalon baissé, près d'elle, pendant qu'elle se faisait violer par les autres, n'avait pas eu de rapports sexuels avec elle. Le ministère public a invoqué contre lui les al. 21(1)(b) et c) du *Code criminel*. Il est permis de

¹⁰ (1965), 47 C.R. 256 (Alta. S.C., A.D.).

¹¹ [1970] 1 C.C.C. 352 (Ont. C.A.).

¹⁰ (1965), 47 C.R. 256 (C.S. Alta., D.A.).

¹¹ [1970] 1 C.C.C. 352 (C.A. Ont.).

Ontario Court of Appeal thought otherwise. Chief Justice Gale, delivering the judgment of the Court, stated that in the absence of evidence to suggest something in the way of aiding, or counselling, or encouraging on the part of the accused with respect to that which was being done by the others, there was simply no evidence upon which a jury could properly arrive at a verdict of guilty against the particular accused. The learned Chief Justice also found error in the trial judge's charge which seemed to indicate that a person could abet another in the commission of an offence if, knowingly, he stood by while the offence was being committed

Finally, there are the cases of *R. v. Black*¹² and *R. v. Clarkson*¹³. The victim in *Black's* case was conveyed to a clubhouse where he was subjected to various sordid indignities. Many of the accused took an active part in torturing the victim while others stood around laughing and yelling. The British Columbia Court of Appeal confirmed the convictions, being of the view that the spectators furnished encouragement to the perpetrators of the outrages and their mere presence in the circumstances of the case ensured against the escape of the victim. There was thus something more than "mere presence", as in *R. v. Coney, supra*. Most important, the trial judge directed the jury in language drawn from the judgment of Hawkins J. in *Coney* and reviewed the evidence relating to the presence of the accused in clear terms.

In contrast to *R. v. Black* is the case of *R. v. Clarkson*, a decision of the Courts-Martial Appeal Court. A girl was raped in a room in a barracks in Germany by a number of soldiers. Another group of soldiers clustered outside the door and later "piled in" to the room. They remained there for a considerable time while the girl was raped. There was no evidence that the appellants had done any physical act, or uttered any word which involved

penser que le jury aurait pu conclure qu'il y avait eu incitation par la conduite de l'accusé, mais la Cour d'appel de l'Ontario en a décidé autrement. Le juge en chef Gale, au nom de la Cour, a dit qu'en l'absence de preuve d'un fait qui puisse s'interpréter comme une aide, un conseil ou une incitation de la part de l'accusé en rapport avec ce que faisaient les autres, il n'y avait tout simplement aucune preuve qui pouvait à bon droit permettre à un jury de rendre un verdict de culpabilité contre cet accusé. Le savant Juge en chef a aussi déclaré erronées les parties des directives du juge de première instance qui semblaient indiquer qu'une personne pouvait en encourager une autre à commettre une infraction si, en connaissance de cause, elle se tenait sur les lieux pendant que l'infraction était commise.

Enfin, il y a les arrêts *R. v. Black*¹² et *R. v. Clarkson*¹³. La victime dans l'affaire *Black* a été conduite au pavillon d'un club où elle a subi divers outrages sordides. Plusieurs des accusés ont pris une part active à la torture de la victime pendant que d'autres y assistaient, riant et criant. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé les déclarations de culpabilité; elle était d'avis que les spectateurs avaient été une source d'incitation pour les auteurs des outrages et que leur simple présence dans les circonstances de l'affaire réduisait les possibilités de fuite de la victime. Il y avait donc quelque chose de plus que la «simple présence», comme dans *R. v. Coney* précité. Plus important encore, le juge de première instance avait donné ses directives au jury en s'inspirant du jugement du juge Hawkins dans *Coney* et il avait en termes très clairs passé en revue la preuve ayant trait à la présence de l'accusé.

L'arrêt *R. v. Clarkson*, une décision du Tribunal d'appel des cours martiales, vient en opposition avec l'arrêt *R. v. Black*. Une jeune fille a été violée dans une chambre d'une caserne en Allemagne par un certain nombre de soldats. Un autre groupe de soldats se tenaient près de la porte à l'extérieur et par la suite «se sont entassés» dans la chambre. Ils y sont demeurés un bon moment pendant que la fille se faisait violer. Rien dans la preuve n'indi-

¹² (1970), 10 C.R.N.S. 17.

¹³ [1971] 3 All E.R. 344.

¹² (1970), 10 C.R.N.S. 17.

¹³ [1971] 3 All E.R. 344.

direct physical participation or verbal encouragement. There was no evidence that they touched the girl, or did anything to prevent others from assisting her or to prevent her from escaping. The Appeal Court held that it was not enough that the presence of the accused, in fact, gave encouragement. "It must be proved that the accused intended to give encouragement; that he *wilfully* encouraged." (p. 347) There must be, the Court held, an intention to encourage and encouragement in fact. The convictions were quashed.

The Case at Bar

In the case at bar I have great difficulty in finding any evidence of anything more than mere presence and passive acquiescence. Presence at the commission of an offence can be evidence of aiding and abetting if accompanied by other factors, such as prior knowledge of the principal offender's intention to commit the offence or attendance for the purpose of encouragement. There was no evidence that while the crime was being committed either of the accused rendered aid, assistance, or encouragement to the rape of Brenda Ross. There was no evidence of any positive act or omission to facilitate the unlawful purpose. One can infer that the two accused knew that a party was to be held, and that their presence at the dump was not accidental or in the nature of casual passers-by, but that is not sufficient. A person cannot properly be convicted of aiding or abetting in the commission of acts which he does not know may be or are intended: *per* Viscount Dilhorne in *D. P. P. v. Maxwell*¹⁴, at p. 1144. One must be able to infer that the accused had prior knowledge that an offence of the type committed was planned, *i.e.* that their presence was with knowledge of the intended rape. On this issue, the Crown elicited no evidence.

quait que les appelants avaient accompli un acte matériel ou proféré quelque parole qui corresponde à une participation physique ou une incitation verbale directes. Rien n'indiquait qu'ils avaient touché la fille ou fait quoi que ce soit pour empêcher d'autres de l'aider ou pour l'empêcher de s'échapper. La Cour d'appel a conclu qu'il ne suffisait pas que la présence des accusés ait, de fait, fourni une incitation. [TRADUCTION] «On doit prouver que l'accusé a eu l'intention d'inciter; qu'il a incité *volontairement*» (p. 347). Il doit y avoir, a conclu le Tribunal, une intention d'inciter et une incitation de fait. Les déclarations de culpabilité ont été infirmées.

La présente affaire

Dans la présente affaire, j'ai beaucoup de difficulté à déceler une preuve de quelque chose de plus que la simple présence et l'acquiescement passif. La présence au moment de la perpétration d'une infraction peut constituer une preuve d'aide et d'encouragement si elle est accompagnée d'autres facteurs, comme la connaissance préalable de l'intention de l'auteur de perpétrer l'infraction ou si elle a pour but l'incitation. Il n'y a aucune preuve qu'au cours de la perpétration de l'acte criminel, l'un ou l'autre des accusés ait fourni une aide, une assistance ou une incitation au viol de Brenda Ross. Il n'y a aucune preuve de quelque acte positif ou omission pour faciliter le dessein illicite. Il est possible de déduire que les deux accusés savaient qu'une fête allait avoir lieu et que leur présence au dépotoir n'était pas accidentelle ou qu'ils n'étaient pas des promeneurs occasionnels, mais cela ne suffit pas. Une personne ne peut être, à bon droit, déclarée coupable d'avoir aidé ou encouragé l'accomplissement d'actes répréhensibles alors qu'elle ne savait pas qu'on avait ou pouvait avoir l'intention de les commettre: le vicomte Dilhorne dans *D.P.P. v. Maxwell*¹⁴, à la p. 1144. On doit pouvoir déduire que les accusés avaient la connaissance préalable qu'une infraction du type de celle commise était projetée, c.-à-d. que leur présence s'accompagnait d'une connaissance du viol projeté. Sur cette question, le ministère public n'a présenté aucune preuve.

¹⁴ [1978] 3 All E.R. 1140 (H.L.).

¹⁴ [1978] 3 All E.R. 1140 (C.L.).

In concluding that there was evidence of a nature which would permit the jury to draw an inference that the accused were more than merely present at a crime and had done nothing to prevent it, Mr. Justice Matas referred to the earlier meeting of the Spartans at the dump (with Sylvester and Dunlop present) when Douglas was introduced as a prospect, the presence of members of the group at the Waldorf beverage room where the complainant and her friend were spending some time, the bringing of the complainant by Douglas to the dump, the reappearance of a group of Spartans at the same location (where the gang rape took place), the arrival of the accused with a substantial quantity of beer, and the observation by both accused of intercourse taking place by the complainant and one male, but with other men nearby.

The activities of Douglas are twice mentioned by Mr. Justice Matas, but it must be recalled that Douglas was not one of the accused. Dunlop and Sylvester bear no responsibility for what he may or may not have done. Apart from presence earlier in the evening at the dump and at the Waldorf beverage room, the evidence Mr. Justice Matas marshalls against Dunlop and Sylvester is (i) their arrival at the dump with a substantial quantity of beer, and (ii) their observation of intercourse. In my view, for the reasons I have earlier sought to express, neither of these facts is capable in law of affording evidence that the appellants aided and abetted the commission of the crime of rape. They go only to mere presence and not to complicity.

With great respect, I am unable to find in the evidence to which Mr. Justice Matas alludes, or elsewhere, any facts as distinguished from surmise or suspicion, upon which any jury could conclude beyond reasonable doubt that the accused had assumed a role which would qualify them as aiders and abettors under s. 21(1) of the *Code*.

In these circumstances, in my view, the trial judge erred in charging the jury on the alternative bases of (i) principal offender and (ii) aider and abettor.

En concluant à l'existence d'éléments de preuve qui permettraient au jury de déduire que le comportement des accusés a dépassé le stade de la simple présence sur les lieux d'un crime sans tenter d'en empêcher la perpétration, le juge Matas a fait mention de la réunion antérieure des «Spartans» au dépotoir (à laquelle assistaient Sylvester et Dunlop) lorsque Douglas a été présenté comme aspirant membre, la présence de membres du groupe au cabaret de l'hôtel Waldorf où se trouvaient la plaignante et son amie, le fait que Douglas a amené la plaignante au dépotoir, le retour d'un groupe de «Spartans» au même endroit (là où le viol a eu lieu), l'arrivée des accusés avec une quantité importante de bière et le fait que les deux accusés ont observé les rapports sexuels entre la plaignante et un homme, mais en présence d'autres hommes.

Le juge Matas mentionne deux fois les activités de Douglas mais il faut rappeler que Douglas n'était pas l'un des accusés. Dunlop et Sylvester ne sont aucunement responsables de ce que ce dernier a pu faire ou ne pas faire. À part la présence de Dunlop et de Sylvester plus tôt dans la soirée au dépotoir et au cabaret de l'hôtel Waldorf, la preuve que le juge Matas retient contre eux est (i) leur arrivée au dépotoir avec une quantité importante de bière et (ii) leur observation des rapports sexuels. À mon avis, pour les motifs que j'ai cherché à exprimer précédemment, ni l'un ni l'autre de ces faits n'est suffisant en droit pour constituer une preuve que les appelants ont aidé et encouragé la perpétration du crime de viol. Ils ne peuvent servir à établir que la simple présence et non la complicité.

Avec égards, je n'arrive pas à trouver ni dans les éléments de preuve auxquels le juge Matas fait allusion, ni ailleurs, des faits, par opposition à des suppositions ou à des soupçons, qui permettraient à un jury de conclure au-delà de tout doute raisonnable que les accusés avaient joué un rôle qu'on pourrait qualifier d'aide ou d'encouragement aux termes du par. 21(1) du *Code*.

Dans ces circonstances, selon moi, le juge de première instance a fait erreur en donnant au jury des directives sur l'alternative: (i) auteur principal et (ii) complice par aide et encouragement.

Question by the Jury

The error, unfortunately, was compounded when the jury, which had retired at 3:15 p.m., returned at 5:40 with the following question:

If the accused were aware of a rape taking place in their presence and did nothing to prevent or persuade the discontinuance of the act, are they considered as an accomplice to the act under law?

That question should have been answered in one word—"No."

A person is not guilty merely because he is present at the scene of a crime and does nothing to prevent it: Smith & Hogan, *Criminal Law* (4th ed., 1978), p. 117. If there is no evidence of encouragement by him, a man's presence at the scene of the crime will not suffice to render him liable as aider and abettor. A person who, aware of a rape taking place in his presence, looks on and does nothing is not, as a matter of law, an accomplice. The classic case is the hardened urbanite who stands around in a subway station when an individual is murdered.

The judge here initially intended to respond to the jury's question with a "No" answer, but during argument, he was persuaded to the point of view, advanced for the first time on behalf of the Crown, that the accused might be guilty as parties to the offence under s. 21 of the *Code*. As a result, the judge recharged in these words:

Now, I have decided that the best way to reply to your query is to refer again to a portion of the law that I gave you in respect to parties to an offence, and to make one or two further comments on it.

Under Section 21(1) of the *Criminal Code*, everyone is a party to an offence who; (a) actually commits it, (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it—and I will come back to that, or (c) abets any person in committing it. And abets, I told you before means encourages, supports, upholds, is another form of giving assistance to a person committing the offence.

Everyone who aids and encourages another person in the commission of a criminal offence is as guilty as the

La question du jury

Malheureusement, l'erreur a été aggravée lorsque le jury, qui s'était retiré pour délibérer à 15 h 15, est revenu à 17 h 40 pour poser la question suivante:

[TRADUCTION] Si les accusés savaient qu'un viol avait lieu en leur présence et n'ont rien fait pour empêcher cet acte ou en amener l'auteur à y renoncer, sont-ils considérés comme complices en vertu de la loi?

La réponse à cette question tenait en un seul mot: «non».

Une personne n'est pas coupable simplement parce qu'elle est présente sur les lieux d'un crime et ne fait rien pour l'empêcher: Smith & Hogan, *Criminal Law* (4^e éd., 1978) p. 117. S'il n'y a aucune preuve d'encouragement de sa part, la présence d'un homme sur les lieux d'un crime ne suffit pas pour le reconnaître coupable d'avoir fourni une aide ou un encouragement. Une personne qui, sachant qu'un viol est commis en sa présence, observe et ne fait rien n'est pas, en droit, un complice. L'illustration typique de cette règle est celle du citoyen endurci qui assiste sans réagir à un meurtre dans une station de métro.

En l'espèce, le juge a d'abord eu l'intention de répondre «non» à la question du jury, mais les débats l'ont entraîné à adopter un autre point de vue, proposé par le ministère public, savoir, que les accusés pourraient être coupables à titre de parties à l'infraction aux termes de l'art. 21 du *Code*. Par conséquent, le juge a donné les nouvelles directives suivantes:

[TRADUCTION] J'ai décidé que la meilleure façon de répondre à votre question est de mentionner de nouveau une partie de la loi que je vous ai déjà expliquée relativement aux parties à une infraction et d'ajouter un ou deux commentaires.

En vertu du par. 21(1) du *Code criminel*, est partie à une infraction quiconque a) la commet réellement, b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre—et je reviendrai sur ce point—ou c) encourage quelqu'un à la commettre. Et, comme je vous l'ai déjà dit, le mot «encourage» signifie inciter, appuyer, soutenir, c'est une autre façon d'aider une personne qui commet l'infraction.

Quiconque aide ou incite une autre personne à commettre une infraction criminelle est aussi coupable que

person who actually commits the criminal act. To find that an accused is guilty of aiding or abetting in the commission of an offence by another person, it is only necessary to show that he understood what was being done, and by some act on his part, assisted or encouraged in the attainment of what was being done.

But when you are considering what I have said, going back to that middle section of the definition I read, everyone is a party to an offence who does or omits to do anything for the purpose of aiding another person to commit it, I should say the phrase omitting to do anything, that phrase, omitting to do anything means intentionally omitting to do something for the purpose of aiding another to commit an offence, that if it had been done, would have been prevented or hindered the person from committing an offence. Intentionally omitting to do something for the purpose of aiding another to commit the offence, that if it had been done, would have prevented or hindered the person from committing the offence.

So that if you find an accused person knew that an offence was being committed and intentionally omitted to do something, for the purpose of aiding another to commit the offence, that if he had done it might have hindered or actually prevented the offence, then presumably you can find that the person was a party to the offence. But unless it reaches that level, then you cannot find him a party.

I think, with respect, that this recharge is in error in three respects: (i) it is not responsive to the question asked; (ii) on the facts of the case, it might leave the jury with the impression that the accused could be parties to the offence if they knew that an offence was being committed and failed to do anything to hinder or prevent it; and (iii) the jury received no help in applying the instruction given; no act or omission is identified as providing a possible factual underpinning to the operation of s. 21.

Conclusion

If the trial judge was in error in charging upon s. 21(2), which is admitted and, as I believe, in error in his recharge on s. 21(1), what disposition is to be made of the case? The majority view in the Manitoba Court of Appeal was that the trial judge had not erred in his answer to the jury's question.

la personne qui commet réellement l'acte criminel. Pour conclure qu'un accusé est coupable d'avoir aidé ou encouragé une autre personne à commettre une infraction, il suffit de démontrer qu'il comprenait ce que l'on faisait et que, par quelque acte de sa part, il a fourni une assistance ou une incitation propres à la réalisation de ce qui était en train de se faire.

Cependant, lorsque vous considérez ce que je viens de dire, en rapport avec la partie centrale de la définition que j'ai lue, est partie à une infraction quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, je dois vous dire que l'expression omet d'accomplir quelque chose signifie l'omission intentionnelle d'accomplir quelque chose en vue d'aider une autre personne à commettre une infraction, quelque chose qui aurait empêché ou arrêté la personne qui commettait l'infraction. L'omission intentionnelle d'accomplir quelque chose en vue d'aider une autre personne à commettre l'infraction, chose qui, si elle avait été faite, aurait empêché la personne de commettre l'infraction ou l'aurait arrêtée.

Par conséquent, si vous venez à la conclusion qu'un accusé savait qu'une infraction était en cours et qu'il a intentionnellement omis d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à commettre l'infraction, chose qui, si elle avait été faite, aurait pu en empêcher ou arrêter la perpétration, alors vous pouvez peut-être conclure que l'accusé était partie à l'infraction. Mais si l'omission n'atteint pas ce niveau, vous ne pouvez conclure qu'il était partie à l'infraction.

Avec égards, j'estime que ces nouvelles directives sont erronées à trois points de vue: (i) elles ne répondent pas à la question posée; (ii) vu les faits de la cause, elles pouvaient laisser au jury l'impression que les accusés pouvaient être parties à l'infraction s'ils savaient qu'une infraction était en train d'être commise et s'ils ont omis de faire quelque chose pour l'empêcher ou l'arrêter; et (iii) le jury n'a reçu aucune aide pour appliquer la directive; on n'a identifié aucun acte ou omission qui aurait pu étayer dans les faits l'application de l'art. 21.

Conclusion

Si le juge de première instance a commis une erreur en donnant des directives concernant le par. 21(2), ce qui est admis, et aussi, comme je le crois, en donnant de nouvelles directives concernant le par. 21(1), quelle décision devrions-nous prendre dans cette affaire? Suivant l'opinion majoritaire de

As to the admitted error in charging as to common intention under s. 21(2), Mr. Justice Matas said:

But it is apparent from the juror's question that the members were not troubled by the concept of common intention. In any event, in light of all the evidence and the whole charge, I am satisfied that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred.

The difficulty one faces is that we do not know, and will never know, whether the jury found the appellants guilty because they had had intercourse with the complainant, or by reason of the operation of subss. (1) or (2) of s. 21 of the *Code*. We do know from the question of the jury, and its timing, that after two hours and twenty-five minutes of deliberation the jury had not accepted the evidence of the complainant as to direct participation by the appellants. Fifteen minutes after resuming deliberation, following the recharge, the guilty verdict was returned.

I do not think this is an appropriate case for the application of s. 613(1)(b)(iii). I am unable to say that the verdict would have been the same in the absence of error. For the following reasons given by Mr. Justice Hall, I would direct a verdict of acquittal, rather than have the applicants undergo a third trial:

The accused have been subjected to two trials and a like number of appeals. They have been in custody over a year. The doubt raised on their innocence or guilt should be resolved now. The substance of the case is their denial against the testimony of Ross, without much more. In the circumstances, the needs of justice would be met by directing a verdict of acquittal, rather than having the accused submit to a trial for the third time.

I would allow the appeals, set aside the judgment of the Manitoba Court of Appeal, and direct a verdict of acquittal in respect of each appellant.

la Cour d'appel du Manitoba, le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur dans sa réponse à la question du jury. Quant à l'erreur reconnue dans les directives relatives au projet commun en vertu du par. 21(2), le juge Matas a dit:

[TRADUCTION] Mais il ressort de la question du juré que les membres du jury n'éprouvaient aucune difficulté quant à la notion de projet commun. Quoi qu'il en soit, compte tenu de tous les éléments de preuve et de l'ensemble des directives, je suis convaincu qu'il ne s'est produit aucun tort important ou erreur judiciaire grave.

La difficulté est que nous ne savons pas et ne saurons jamais si le jury a reconnu les appelants coupables parce qu'ils avaient eu des rapports sexuels avec la plaignante ou en raison de l'application des par. (1) ou (2) de l'art. 21 du *Code*. Mais nous savons par la question du jury et le moment où elle a été posée, qu'après deux heures et vingt-cinq minutes de délibérations, le jury n'avait pas accepté le témoignage de la plaignante quant à la participation directe des appelants. Quinze minutes après la reprise des délibérations, à la suite des nouvelles directives, le verdict de culpabilité a été rendu.

Je ne crois pas que ce soit un cas approprié d'application du sous-al. 613(1)(b)(iii). Je suis incapable d'affirmer que le verdict aurait été le même s'il n'y avait pas eu d'erreur. Plutôt que de faire subir aux appelants un troisième procès, je suis d'avis d'ordonner un verdict d'acquittal pour les motifs suivants donnés par le juge Hall:

[TRADUCTION] Les accusés ont subi deux procès et deux appels. Ils sont incarcérés depuis plus d'un an. Le doute soulevé quant à leur innocence ou leur culpabilité devrait maintenant être dissipé. Le fond de l'affaire est, ni plus ni moins, leur dénégation du témoignage de Ross. Dans les circonstances, les exigences de la justice seraient mieux servies par un verdict d'acquittal plutôt que par une ordonnance qui ferait subir aux accusés un troisième procès.

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et d'ordonner un verdict d'acquittal en faveur de chaque appellant.

The judgment of Martland, Ritchie and Pigeon JJ. was delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—The appellants were convicted by a jury on a charge of rape. The facts giving rise to this charge are stated in the reasons of my brother Dickson.

Their appeal to the Court of Appeal for Manitoba was dismissed, Hall and O'Sullivan JJ.A. dissented. Their appeal to this Court is founded upon para. (a) of subs. 618(1) of the *Criminal Code*, which permits an appeal by a person convicted of an indictable offence, whose conviction is affirmed by the court of appeal on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents.

Section 606 of the *Code* requires that where an appeal is dismissed by the court of appeal and a judge of that court dissents from the judgment of the court, the formal judgment of the court shall specify any grounds of law on which the dissent is based. The formal judgments in the present case specified the grounds of dissent in the following way:

1. That the Learned Trial Judge erred in charging the Jury on Section 21(2) of the *Criminal Code* when there was no evidence upon which a Jury, properly instructed, could find or infer that the Appellant . . . was a party to the offence.

2. That the Learned Trial Judge erred in charging the Jury with respect to Section 21(1) of the *Criminal Code*, as there was insufficient evidence in law to make the Appellant . . . a party to the offence.

3. That Section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should not be applied in order to dismiss the Appeal.

I do not think that the third ground constitutes a dissent on a question of law. Paragraph (iii) of subs. 613(1)(b) gives to a court of appeal a discretionary power to dismiss an appeal from conviction, even where there has been a wrong decision by a trial court on a question of law if there has been no substantial wrong or miscarriage of justice resulting from that error. A disagreement by a

Le jugement des juges Martland, Ritchie et Pigeon a été rendu par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—Un jury a déclaré les appelants coupables sur une accusation de viol. Les faits qui ont donné lieu à cette accusation sont relatés dans les motifs de mon collègue le juge Dickson.

Leur appel à la Cour d'appel du Manitoba a été rejeté, les juges Hall et O'Sullivan étant dissidents. Leur appel devant cette Cour se fonde sur l'al. a) du par. 618(1) du *Code criminel*, qui permet à une personne déclarée coupable d'un acte criminel dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel, d'interjeter appel sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident.

L'article 606 du *Code* exige que lorsque la cour d'appel rejette un appel et qu'un juge de cette cour exprime une opinion dissidente, le jugement formel de la cour spécifie tout motif en droit sur lequel repose cette dissidence. Les jugements formels dans la présente affaire spécifient les motifs de dissidence de la manière suivante:

[TRADUCTION] 1. Que le savant juge de première instance a commis une erreur en donnant au jury des directives concernant le par. 21(2) du *Code criminel* alors qu'il n'y avait aucun élément de preuve qui aurait permis à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure ou de déduire que l'appelant . . . était partie à l'infraction.

2. Que le savant juge de première instance a commis une erreur en donnant au jury des directives concernant le par. 21(1) du *Code criminel* puisque la preuve n'était pas suffisante en droit pour conclure que l'appelant . . . était partie à l'infraction.

3. Que le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne devrait pas être appliqué pour rejeter le présent appel.

Je ne crois pas que le troisième motif constitue une dissidence sur une question de droit. Le sous-al. (iii) de l'al. 613(1)(b) donne à une cour d'appel le pouvoir discrétionnaire de rejeter un appel d'une déclaration de culpabilité même lorsqu'un juge de première instance a rendu une décision erronée sur une question de droit s'il ne résulte de cette erreur aucun tort important ou

dissenting judge regarding the exercise of that discretion is not a dissent on a question of law.

The first ground of dissent is that there was no evidence upon which the appellants could have been found to be parties to the offence under subs. 21(2) of the *Code*. Matas J.A., who delivered the main reasons of the majority, and with whom Chief Justice Freedman concurred, did not disagree on this point with the reasons of Hall J.A., who delivered the reasons of the minority. Matas J.A. said:

With respect to the grounds of appeal on common intention (grounds 5 and 6 of notice of appeal, sec. 21(1) (*sic*) of the *Code*), I think there is merit in the appellants' argument that the comments were inappropriate in the circumstances of the case. But it is apparent from the juror's question that the members were not troubled by the concept of common intention. In any event, in light of all the evidence and the whole charge, I am satisfied that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred.

I agree with this statement.

The main issue in argument before this Court was with respect to the second ground of dissent. It will be noted that whereas ground one refers to "no evidence," which is an issue of law, the second ground refers to "insufficient evidence in law" to make the appellants parties to the offence. Sufficiency of evidence is a matter for the jury. (*The Queen v. Warner*¹⁵.) I do not think that the dissent on this point is a dissent on a question of law.

However, as this point was thoroughly canvassed in argument before the Court, I will go on to consider it. Hall J.A. dealt with this matter as follows:

On sec. 21(1) of the *Code*, the jury was instructed as follows:

¹⁵ [1961] S.C.R. 144.

erreur judiciaire grave. Le désaccord qu'exprime un juge dissident quant à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne constitue pas une dissidence sur une question de droit.

Le premier motif de dissidence est qu'il n'y avait aucune preuve permettant de conclure que les appellants étaient parties à l'infraction aux termes du par. 21(2) du *Code*. Le juge Matas, qui a exprimé les principaux motifs de la majorité, et dont le juge en chef Freedman a partagé l'opinion, était d'accord sur ce point avec les motifs donnés par le juge Hall qui a rédigé l'opinion de la minorité. Le juge Matas a dit:

[TRANSCRIPTION] En ce qui concerne les moyens d'appel concernant le projet commun (moyens 5 et 6 de l'avis d'appel, par. 21(1) (*sic*) du *Code*), j'estime bien fondé l'argument des appellants que ces observations n'étaient pas justes compte tenu des circonstances de l'affaire. Mais il ressort clairement de la question du juré que les membres du jury n'éprouvaient aucune difficulté quant à la notion du projet commun. Quoi qu'il en soit compte tenu de tous les éléments de preuve et de l'ensemble des directives, je suis convaincu qu'il ne s'est produit aucun tort important ou erreur judiciaire grave.

Je suis d'accord avec cette affirmation.

La question principale débattue devant cette Cour portait sur le deuxième motif de dissidence. Il est à signaler qu'alors que le premier motif se rapporte à l'absence de preuve, ce qui constitue une question de droit, le deuxième motif a trait à l'insuffisance en droit de la preuve pour rendre les appellants parties à l'infraction. La suffisance de la preuve est une question qui relève du jury. (*La Reine c. Warner*¹⁵.) Je ne crois pas que la dissidence sur ce point soit une dissidence sur une question de droit.

Cependant, comme cet argument a été exhaustivement débattu devant cette Cour, il y a lieu de l'examiner. Le juge Hall en traite de la façon suivante:

[TRANSCRIPTION] Concernant le par. 21(1) du *Code*, le jury a reçu les directives suivantes:

¹⁵ [1961] R.C.S. 144.

“ Secondly, I should also instruct you on the law relating to parties to an offence. Section 21(1) of the Criminal Code, reads as follows:

‘Everyone is a party to an offence who;

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

Abets, that word abets means encourages, supports, upholds. It is another way of expressing a person giving assistance to someone committing the offence. Everyone who aids and encourages the person in the commission of the offence is as guilty as the person who commits the actual criminal act.

To find that the accused is guilty of aiding or abetting the commission of an offence by another person, it is only necessary to show that he understood what was being done and by some act on his part assisted or encouraged the attainment of that act.”

After the jury retired to consider their verdict, they posed a question to the trial judge. It reads: “If the accused were aware of a rape taking place in their presence and did nothing to prevent or persuade the discontinuance of the act, are they considered as an accomplice to the act under law?”

The trial judge responded to that question in these terms:

“ Gentlemen, I have received a question from you in writing, which I will endeavour to respond to. I will read it again, I have discussed it already with counsel. But you have asked, ‘If the accused were aware of a rape taking place in their presence, and did nothing to prevent or persuade the discontinuance of the act, are they considered as an accomplice to the act, under the law’.

Now, I have decided that the best way to reply to your query is to refer again to a portion of the law that I gave you in respect to parties to an offence, and to make one or two further comments on it.

Under Section 21(1) of the Criminal Code, everyone is a party to an offence who: a) actually commits it, b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it—and I will come back to that, or c) abets any person in committing it. And abets, I told you before means encourages, supports, upholds, is another form of giving assistance to a person committing the offence.

« Deuxièmement, je dois également vous parler du droit relatif aux parties à une infraction. Le paragraphe 21(1) du Code criminel se lit comme suit:

«Est partie à une infraction quiconque:

- a) la commet réellement,
- b) accomplit ou omet d’accomplir quelque chose en vue d’aider quelqu’un à la commettre, ou
- c) encourage quelqu’un à la commettre.»

Encourage, ce mot veut dire inciter, appuyer, soutenir. C’est une autre façon d’exprimer qu’on fournit assistance à celui qui commet l’infraction. Quiconque aide ou incite une personne à commettre une infraction est aussi coupable que la personne qui commet réellement l’acte criminel.

Pour conclure que l’accusé est coupable d’avoir aidé ou encouragé la perpétration d’une infraction par une autre personne, il suffit de démontrer qu’il comprenait ce que l’on faisait et que, par quelque acte de sa part, il a fourni une assistance ou une incitation propres à la réalisation de cette infraction.»

Après que le jury se fut retiré pour délibérer, il a posé une question au juge de première instance. Cette question se lit: «Si les accusés savaient qu’un viol avait lieu en leur présence et n’ont rien fait pour empêcher cet acte ou en amener l’auteur à y renoncer, sont-ils considérés comme complices en vertu de la loi?»

Le juge de première instance a répondu à la question dans les termes suivants:

« Messieurs, vous m’avez fait parvenir une question par écrit à laquelle je tenterai de répondre. Je vais la lire de nouveau. J’en ai déjà discuté avec les avocats. Vous avez demandé «si les accusés savaient qu’un viol avait lieu en leur présence et n’ont rien fait pour empêcher cet acte ou en amener l’auteur à y renoncer, sont-ils considérés comme complices en vertu de la loi?»

J’ai décidé que la meilleure façon de répondre à votre question est de mentionner de nouveau une partie de la loi que je vous ai déjà expliquée relativement aux parties à une infraction et d’ajouter un ou deux commentaires.

En vertu du par. 21(1) du Code criminel, est partie à une infraction quiconque a) la commet réellement, b) accomplit ou omet d’accomplir quelque chose en vue d’aider quelqu’un à la commettre—et je reviendrai sur ce point—ou c) encourage quelqu’un à la commettre. Et, comme je vous l’ai déjà dit, le mot «encourage» signifie inciter, appuyer, soutenir, c’est une autre façon d’aider une personne qui commet l’infraction.

Everyone who aids and encourages another person in the commission of a criminal offence is as guilty as the person who actually commits the criminal act. To find that an accused is guilty of aiding or abetting in the commission of an offence by another person, it is only necessary to show that he understood what was being done, and by some act on his part, assisted or encouraged in the attainment of what was being done.

But when you are considering what I have said, going back to that middle section of the definition I read, everyone is a party to an offence who does or omits to do anything for the purpose of aiding another person to commit it, I should say the phrase omitting to do anything, that phrase, omitting to do anything, means intentionally omitting to do something for the purpose of aiding another to commit an offence, that if it had been done, would have been (sic) prevented or hindered the person from committing an offence. Intentionally omitting to do something for the purpose of aiding another to commit the offence, that if it had been done, would have prevented or hindered the person from committing the offence.

So that if you find an accused person knew that an offence was being committed and intentionally omitted to do something, for the purpose of aiding another to commit the offence, that if he had done it might have hindered or actually prevented the offence, then presumably you can find that the person was a party to the offence. But unless it reaches that level, then you cannot find him a party."

The question itself is indicative that, at the very least, some one or more members of the jury were of a mind to base their decision on the answer they were given.

The response of the trial judge was, with respect, too general and abstract. It was out of context with the facts of the case. Does it mean, for example, that if the two accused were aware of the rape taking place in their presence, and intentionally stood by and did nothing, they would be guilty as a party? If that is the principle sought to be established, I have doubt that it is an accurate statement of law. But what evidence is there, supportive of that proposition? At the very worst, the accused observed a girl in the nude having sexual intercourse with a Spartan, while others were nearby.

The presence of the accused at the dump, and their passive observation of a girl having sexual intercourse is

Quiconque aide ou incite une autre personne à commettre une infraction criminelle est aussi coupable que la personne qui commet réellement l'acte criminel. Pour conclure qu'un accusé est coupable d'avoir aidé ou encouragé une autre personne à commettre une infraction, il suffit de démontrer qu'il comprenait ce que l'on faisait et que, par quelque acte de sa part, il a fourni une assistance ou une incitation propres à la réalisation de ce qui était en train de se faire.

Cependant, lorsque vous considérez ce que je viens de dire, en rapport avec la partie centrale de la définition que j'ai lue, est partie à une infraction quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, je dois vous dire que l'expression omet d'accomplir quelque chose signifie l'omission intentionnelle d'accomplir quelque chose en vue d'aider une autre personne à commettre une infraction, quelque chose qui aurait empêché ou arrêté la personne qui commettait l'infraction. L'omission intentionnelle d'accomplir quelque chose en vue d'aider une autre personne à commettre l'infraction, chose qui, si elle avait été faite, aurait empêché la personne de commettre l'infraction ou l'aurait arrêtée.

Par conséquent, si vous venez à la conclusion qu'un accusé savait qu'une infraction était en cours et qu'il a intentionnellement omis d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à commettre l'infraction, chose qui, si elle avait été faite, aurait pu en empêcher ou arrêter la perpétration, alors vous pouvez peut-être conclure que l'accusé était partie à l'infraction. Mais si l'omission n'atteint pas ce niveau, vous ne pouvez conclure qu'il était partie à l'infraction.»

La question elle-même indique à tout le moins qu'un ou plusieurs membres du jury étaient disposés à fonder leur décision sur la réponse qu'on leur donnait.

La réponse du juge de première instance était, avec égards, trop générale et abstraite. Elle n'était pas en harmonie avec les faits de l'affaire. Veut-elle dire, par exemple, que si les deux accusés savaient que le viol avait lieu en leur présence et qu'intentionnellement ils étaient restés sans rien faire, ils seraient coupables comme parties à l'infraction? Si c'est là le principe qu'on cherchait à établir, je doute que ce soit un exposé exact du droit. Mais quel est l'élément de preuve qui puisse fonder cette proposition? Au pire, les accusés ont observé une jeune fille nue qui avait des rapports sexuels avec un «Spartan», alors que d'autres «Spartans» se tenaient à proximité.

La présence des accusés au dépotoir et leur observation passive d'une jeune fille en train d'avoir des rap-

not sufficient in law to make them parties to an offence under Sec. 21(1) of the Code.

It is not disputed that mere presence at the scene of a crime is not, in itself, sufficient to establish aiding or abetting the commission of an offence, but the trial judge did not instruct the jury that it was. He charged the jury that "it is only necessary to show that he understood what was being done and by some act on his part assisted or encouraged the attainment of that act."

This instruction is in exact accordance with the principle stated on behalf of the majority in this Court by Estey J. in *Preston v. The King*¹⁶, at p. 159.

The gist of the reasons of Hall J.A. is found in his final paragraph as quoted above. But the statement that the appellants were merely present at the dump and were passive observers of an act of sexual intercourse has to be based upon the evidence of the appellants. It was for the jury to decide whether or not to accept that evidence. The statement overlooks entirely the other evidence which was before the jury and which is summarized in the following passage from the reasons of Matas J.A.:

Appellants' argument is made on the basis of accepting the accuseds' evidence that they were merely delivery men for a quantity of beer, they arrived late, saw intercourse taking place and left within a few minutes without investigating the incident. But it is impossible for this court to base its decision solely on acceptance of appellants' version of the night's events.

The jury was entitled to consider all the evidence, including the earlier meeting of the Spartans at the dump (with Sylvester and Dunlop present) when Douglas was introduced as a prospect, the presence of members of the group at the Waldorf beverage room where the complainant and her friend were spending some time, bringing of the complainant by Douglas to the dump, the reappearance of a group of Spartans at the same location (where the gang rape took place), the arrival of the accused with a substantial quantity of beer, the observation by both accused of intercourse taking place by the complainant and one male but with other men nearby.

ports sexuels ne suffisent pas en droit à les rendre parties à une infraction en vertu du par. 21(1) du Code.

Il n'est pas contesté que la simple présence sur les lieux d'un crime ne suffit pas, en soi, pour établir qu'on a aidé ou encouragé la perpétration d'une infraction, mais le juge de première instance n'a pas dit au jury qu'elle suffisait. Il a dit dans ses directives au jury: «il suffit de démontrer qu'il comprenait ce que l'on faisait et que par quelque acte de sa part, il a fourni une assistance ou une incitation propres à la réalisation de cette infraction.»

Cette directive est en parfaite conformité avec le principe exprimé pour la majorité de cette Cour par le juge Estey dans l'arrêt *Preston c. Le Roi*¹⁶, à la p. 159.

L'essence des motifs du juge Hall se trouve dans l'alinéa final que j'ai cité. Mais l'affirmation que les appelants étaient simplement présents au dépotoir et de simples témoins passifs des rapports sexuels doit être fondée sur le témoignage des appelants. Il appartenait au jury de décider s'il devait accepter ces témoignages. L'affirmation ignore tout à fait les autres éléments de preuve présentés au jury et résumés dans le passage suivant des motifs du juge Matas:

[TRADUCTION] L'argument des appelants repose sur l'acceptation du témoignage des accusés qu'ils n'ont fait que livrer de la bière, qu'ils sont arrivés en retard, qu'ils ont été témoins de rapports sexuels et qu'ils sont repartis quelques minutes plus tard sans autrement s'intéresser à l'incident. Cependant, cette cour ne peut fonder sa décision uniquement sur l'acceptation de la version des accusés concernant les événements de cette nuit-là.

Le jury pouvait prendre en considération toute la preuve, y compris la réunion antérieure des «Spartans» au dépotoir (à laquelle assistaient Sylvester et Dunlop) lorsque Douglas a été présenté comme aspirant membre, la présence de membres du groupe au cabaret de l'hôtel Waldorf où se trouvaient la plaignante et son amie, le fait que Douglas a amené la plaignante au dépotoir, le retour d'un groupe de «Spartans» au même endroit (là où le viol a eu lieu), l'arrivée des accusés avec une quantité importante de bière et le fait que les deux accusés ont observé les rapports sexuels entre la plaignante et un homme, mais en présence d'autres hommes.

¹⁶ [1949] S.C.R. 156.

¹⁶ [1949] R.C.S. 156.

The evidence, of which the above constitutes a bare outline, was of a nature which would permit the jury to draw an inference that the accused were more than merely present at a crime and had done nothing about it. The jury could conclude, beyond a reasonable doubt, that the accused had assumed a role which would qualify them as aiders or abettors under sec. 21(2) (*sic*) of the *Code*.

In my opinion there was evidence on which the jury could conclude that the appellants had aided and abetted the commission of the offence. The jury had been properly instructed as to what was necessary in order to establish aiding and abetting. The sufficiency of that evidence was solely a matter for the determination of the jury and was not a matter to be decided by the Court of Appeal.

The trial judge has been criticized for his response to the question asked by the jury, which is referred to in the passage from the reasons of Hall J.A. which I have cited. It is said that the answer to that question should have been a flat "no."

In answer to that criticism I would adopt what was said by Matas J.A. as follows:

Counsel for appellants argued that at one stage, in the absence of the jury, during discussion of the question put by the jury, Crown counsel and the trial judge seemed to think that a simple "no" would suffice as an answer to the juror's question. But a reading of the entire discussion discloses that Crown counsel thought this would not meet the case and that the trial judge on consideration decided, correctly in my opinion, that he would have to expand his answer.

Wright, J., was not being asked a question as part of an academic exercise but in the context of the evidence of the events of that evening. We must assume that the jury were reasonably intelligent and understood the definitions which had been given to them. They were not asking of a casual passerby, who by coincidence was delivering beer and observed a girl having intercourse with one man while other men were in the vicinity, would become a party. The question was asked in the light of all the evidence which the jury had heard and it

La preuve, dont ce qui précède n'est qu'un bref résumé, était de nature à permettre au jury de déduire que les accusés avaient dépassé le stade de la simple présence sur les lieux et de la non-intervention. Le jury pouvait conclure, au-delà de tout doute raisonnable, que les accusés avaient joué un rôle qui permettait de qualifier leur conduite d'aide et d'encouragement au sens du par. 21(2) (*sic*) du *Code*.

A mon avis, il y avait des éléments de preuve qui permettaient au jury de conclure que les appelants avaient aidé et encouragé la perpétration de l'infraction. Le jury a reçu des directives appropriées sur ce qui était nécessaire pour établir l'aide et l'encouragement. La suffisance de ces éléments de preuve relevait exclusivement de l'appréciation du jury et ne devait pas faire l'objet d'une décision de la Cour d'appel.

On a critiqué le juge de première instance pour sa réponse à la question posée par le jury, qui est rapportée dans le passage cité des motifs du juge Hall. On a dit que la réponse à cette question aurait dû être un nom pur et simple.

Pour répondre à ces critiques, j'adopterais ce que le juge Matas a dit:

[TRADUCTION] Les avocats des appelants ont allégué qu'à un moment, en l'absence du jury, pendant la discussion au sujet de la question posée par le jury, le substitut du procureur général et le juge de première instance semblaient penser qu'il fallait répondre par un «non» pur et simple à la question du juré. Mais la lecture des notes de toute la discussion indique que le substitut du procureur général estimait que cette réponse ne serait pas suffisante, et qu'à la réflexion le juge de première instance a décidé, et à mon avis il a eu raison, qu'il devait donner une réponse plus élaborée.

La question posée au juge Wright n'était pas purement théorique car elle s'insérait dans le contexte de la preuve des événements de cette soirée. Nous devons présumer que le jury était composé de personnes raisonnablement intelligentes qui comprenaient les définitions qu'on leur avait données. Il ne demandait pas si un promeneur occasionnel, qui par coïncidence livrait de la bière et observait une fille en train d'avoir des rapports sexuels avec un homme en présence d'autres hommes, devenait partie à l'infraction. La question a été posée

is in this light that the question and answer must be examined.

As well, the final paragraph of the answer deals specifically with knowledge and intention. For convenience I repeat it here:

"So that if you find an accused person knew that an offence was being committed and intentionally omitted to do something, for the purpose of aiding another to commit the offence, that if he had done it might have hindered or actually prevented the offence, then presumably you can find that the person was a party to the offence. But unless it reaches that level, then you cannot find him a party."

It seems to me that this comment put the situation fairly to the jury.

In my view the Crown has satisfied the onus of showing that the learned trial judge had not erred in either the instructions or the answer on the question of the applicability of sec. 21(2) (*sic*) of the *Code*.

Before concluding these reasons, I might point out that, practically at the end of his charge, the trial judge put to the jury the following proposition which was highly favourable to the position of the appellants:

If you accept the evidence of Brenda Ross, and if after weighing all the evidence you come to the conclusion that you are satisfied beyond a reasonable doubt that the two accused did have sexual intercourse with Brenda Ross without her consent, then you may find them both guilty as charged.

If, on the other hand you have reasonable doubt that either one or both accused participated in this way, then you must give that particular accused the benefit of that reasonable doubt and acquit the accused on the charge.

In my opinion the appeals should be dismissed.

The judgment of Beetz and Pratte JJ. was delivered by

PRATTE J.—I have had the advantage of reading the reasons of my brothers Martland and Dickson; I agree that this appeal should be disposed of in the manner proposed by my brother Dickson, but I reach this conclusion on grounds that are somewhat narrower than those expressed in his reasons.

dans le contexte de toute la preuve que le jury avait entendu et c'est dans ce contexte qu'on doit étudier la question et la réponse.

De plus, le dernier alinéa de la réponse porte spécifiquement sur la connaissance et l'intention. Pour des fins de commodité, je le répète:

«Par conséquent, si vous venez à la conclusion qu'un accusé savait qu'une infraction était en cours et qu'il a intentionnellement omis d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à commettre l'infraction, chose qui, si elle avait été faite, aurait pu en empêcher ou arrêter la perpétration, alors vous pouvez peut-être conclure que l'accusé était partie à l'infraction. Mais si l'omission n'atteint pas ce niveau, vous ne pouvez conclure qu'il était partie à l'infraction.»

Il me semble que ce commentaire expose la situation au jury de façon juste.

A mon avis, le ministère public s'est acquitté de l'obligation de démontrer que le savant juge de première instance n'avait pas commis d'erreur ni dans ses directives ni dans la réponse à la question quant à l'application du par. 21(2) (*sic*) du *Code*.

Avant de conclure, je tiens à souligner que, presque à la fin de son adresse, le juge de première instance a formulé l'énoncé suivant qui était très favorable aux appelants:

[TRADUCTION] Si vous acceptez le témoignage de Brenda Ross et si, après avoir pesé toute la preuve, vous êtes convaincus au-delà de tout doute raisonnable que les deux accusés ont réellement eu des rapports sexuels avec Brenda Ross sans son consentement, vous pouvez les déclarer tous deux coupables de l'accusation portée.

Si, par contre, vous avez un doute raisonnable que l'un des accusés ait participé de cette manière, vous devez alors donner à cet accusé le bénéfice du doute raisonnable et l'acquitter.

Je suis d'avis de rejeter les appels.

Le jugement des juges Beetz et Pratte a été rendu par

LE JUGE PRATTE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Martland et Dickson; je partage l'opinion du juge Dickson quant à la décision à rendre dans ce pourvoi, mais j'arrive à cette conclusion pour des motifs quelque peu plus étroits que ceux qu'il exprime.

The appeal turns on the legality of the instructions given by the trial judge to the jury as to subs. 21(1) and 21(2) *Cr.C.*

With respect to subs. 21(2) *Cr.C.*, there was agreement in the Court of Appeal—and it was not challenged here—that the trial judge had erred in charging the jury in that respect. The difference of opinion in the Court of Appeal was solely as to the application of subpara. 613(1)(b)(iii) to such error and I agree with my brother Martland that this is not a dissent on a question of law.

As to subs. 21(1), it was submitted by appellants that the trial judge erred in his instructions to the jury in two respects: (i) he should not have charged them at all on subs. 21(1) because there was no evidence to support a verdict of guilt under that subsection and (ii) he failed to respond adequately to the question posed by the jury as to the precise meaning of that subsection of the *Code*.

This last point which appears clearly as a ground of dissent in the reasons for judgment was not however specifically mentioned as such in the formal judgment of the Court of Appeal. This does not affect the jurisdiction of this Court: *Warkentin et al. v. The Queen*¹⁷.

I agree with my brother Dickson, for the reasons that he gives, that the reply of the trial judge to the question of the jury was inadequate and amounted to a misdirection in law. I cannot say, in the light of the evidence, that this error on the part of the trial judge caused the appellants no substantial wrong or miscarriage of justice; I would not therefore be prepared to invoke subpara. 613(1)(b)(iii) in respect to such error.

In view of this conclusion there is no need for me to express any opinion on the question as to whether there was evidence to justify the trial judge charging the jury on subs. 21(1).

Le pourvoi repose sur la légalité des directives que le juge de première instance a données au jury en ce qui concerne les par. 21(1) et 21(2) du *Code criminel*.

Pour ce qui est du par. 21(2) du *Code criminel*, la Cour d'appel a été unanime pour dire que le juge de première instance avait fait erreur en donnant des directives au jury sur ce point et cette conclusion n'a pas été contestée devant nous. La divergence d'opinions en Cour d'appel portait seulement sur l'application du sous-al. 613(1)b)(iii) à cette erreur et je suis d'accord avec mon collègue le juge Martland que cela ne constitue pas une dissidence sur une question de droit.

Quant au par. 21(1), les appelants ont allégué que le juge de première instance avait formulé des directives erronées à deux points de vue: (i) il aurait dû éviter complètement de donner des directives concernant le par. 21(1) parce qu'il n'y avait aucune preuve pouvant fonder un verdict de culpabilité aux termes de ce paragraphe, et (ii) sa réponse à la question du jury quant au sens précis de ce paragraphe du *Code* n'était pas juste.

Ce dernier point qui paraît clairement constituer un motif de dissidence dans les motifs de jugement n'a cependant pas été mentionné spécifiquement dans le jugement formel de la Cour d'appel. Cela n'a aucun effet sur la compétence de cette Cour: *Warkentin et autres c. La Reine*¹⁷.

Je partage l'opinion de mon collègue le juge Dickson, pour les motifs qu'il expose, que la réponse du juge de première instance à la question du jury n'était pas juste et constituait une directive erronée en droit. Je ne puis dire, à la lumière de la preuve, que cette erreur du juge de première instance n'a causé aux appelants aucun tort important ou erreur judiciaire grave; je n'appliquerais donc pas le sous-al. 613(1)b)(iii) à cette erreur.

Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire que j'exprime d'opinion sur la question de savoir s'il y avait des éléments de preuve justifiant le juge de première instance de donner des directives concernant le par. 21(1).

¹⁷ [1977] 2 S.C.R. 355.

¹⁷ [1977] 2 R.C.S. 355.

Appeals allowed, MARTLAND, RITCHIE and PIGEON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Walsh, Micay & Co., Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Deputy Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Pourvois accueillis, les juges MARTLAND, RITCHIE et PIGEON étant dissidents.

Procureurs des appelants: Walsh, Micay & Co., Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Sous procureur général du Manitoba, Winnipeg.