

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Rathiskumar Mahalingan *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MAHALINGAN

Neutral citation: 2008 SCC 63.

File No.: 31499.

2007: December 7; 2008: November 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Defence theory — Accused convicted of aggravated assault — Whether new trial should be ordered because trial judge's instructions to jury on theory of defence inadequate.

Criminal law — Issue estoppel — Application — Whether doctrine of issue estoppel should be retained in criminal law.

The accused was acquitted on the charge of attempted murder arising out of a vicious gang attack, but convicted of the included offence of aggravated assault. The eyewitness who identified the accused as the first attacker also testified that, shortly before the trial commenced, the accused had telephoned him from jail asking that he not testify against him. The accused was subsequently charged with attempting to obstruct justice in relation to the alleged phone call. His trial on that charge occurred following the conclusion of the trial for attempted murder. The Crown adduced evidence of the telephone call mirroring that put forward at the attempted murder trial. The accused was acquitted. He appealed his aggravated assault conviction, arguing that the trial judge's instructions to the jury on the theory of the defence were inadequate. The accused also argued that his acquittal for obstructing justice should be accepted as fresh evidence in his appeal of the aggravated assault conviction. Based on the doctrine of issue estoppel, he submitted that the acquittal had the retrospective effect of rendering the testimony about

* Bastarache J. took no part in the judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Rathiskumar Mahalingan *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. MAHALINGAN

Référence neutre : 2008 CSC 63.

N° du greffe : 31499.

2007 : 7 décembre; 2008 : 14 novembre.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Thèse de la défense — Accusé reconnu coupable de voies de fait graves — Un nouveau procès devrait-il être ordonné parce que les directives du juge du procès au jury au sujet de la thèse de la défense étaient inadéquates?

Droit criminel — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Application — Faut-il conserver en droit criminel la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée?

À la suite d'une agression brutale perpétrée par un gang, l'accusé a été acquitté de l'accusation de tentative de meurtre mais déclaré coupable de l'infraction incluse de voies de fait graves. Le témoin qui a identifié l'accusé comme le premier attaquant a également affirmé que ce dernier lui avait téléphoné de sa prison, peu avant le début du procès, et lui avait demandé de ne pas témoigner contre lui. L'accusé a par la suite été inculpé de tentative d'entrave à la justice en rapport avec l'appel téléphonique qu'il aurait fait. Son procès relativement à cette accusation a eu lieu après la clôture du procès pour tentative de meurtre. Le ministère public a présenté une preuve relative à l'appel téléphonique qui reprenait celle qui avait été présentée lors du procès pour tentative de meurtre. L'accusé a été acquitté. Il a fait appel de sa condamnation pour voies de fait graves, plaidant que les directives du juge du procès au jury au sujet de la thèse de la défense étaient inadéquates. Il a également soutenu que son acquittement à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice devrait être accepté comme nouvel élément de preuve dans l'appel concernant sa déclaration de

* Le juge Bastarache n'a pas participé au jugement.

the phone call inadmissible at his trial for attempted murder. He further argued that, if the trial record were examined as if the phone call evidence had never been presented in the attempted murder trial, it could not be said that the jury's verdict would necessarily have been the same. The Court of Appeal unanimously allowed the accused's appeal against conviction and ordered a new trial on the ground that the trial judge had failed to outline the position of the defence in his instructions to the jury. The court was divided, however, on the fresh evidence application. A majority of the court granted the application and ordered a new trial on this basis as well. The dissenting judge found that the subsequent acquittal on the charge of obstructing justice did not retrospectively render inadmissible the evidence of the accused's telephone call to the eyewitness and would have dismissed the application.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish and Rothstein JJ.: The Court of Appeal correctly ruled that the jury charge on the theory of the defence in the first trial was inadequate and a new trial should be ordered on that ground. [81]

With respect to issue estoppel, this principle should be retained as part of Canadian criminal law. Properly confined, issue estoppel plays an indispensable role in ensuring fairness to the accused, avoiding inconsistent verdicts and maintaining the principle of finality. The difficulties associated with the application of issue estoppel in criminal law arise from the fact that it has been extended to circumstances where justice does not support its application. The current Canadian approach to issue estoppel in criminal law should be modified to limit its application to precluding the Crown's relitigating an issue that has been determined in the accused's favour in a prior criminal proceeding, whether on the basis of a positive finding or reasonable doubt. When issue estoppel is understood simply as a rule preventing relitigation of decided issues, it works well within the criminal law context and the problems associated with applying issue estoppel in that context largely disappear. [2] [31] [51] [61] [76]

culpabilité de voies de fait graves. Invoquant la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'accusé a fait valoir que l'acquiescement avait pour effet de rendre rétrospectivement inadmissible le témoignage relatif à l'appel téléphonique présenté lors du procès pour tentative de meurtre. Il a également soutenu qu'en examinant le dossier de ce procès comme si la preuve relative à l'appel téléphonique n'avait jamais été présentée, on ne pourrait affirmer que le verdict du jury aurait nécessairement été le même. La Cour d'appel à l'unanimité a accueilli l'appel de l'accusé à l'encontre de la condamnation et a ordonné un nouveau procès au motif que le juge du procès n'avait pas présenté la position de la défense dans ses directives au jury. Concernant la demande d'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve, toutefois, la cour a rendu une décision divisée. Les juges majoritaires ont accueilli la demande et ont ordonné un nouveau procès sur ce fondement également. Le juge dissident a conclu que l'acquiescement subséquent à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice n'avait pas pour effet de rendre rétrospectivement inadmissible la preuve relative à l'appel téléphonique fait par l'accusé au témoin et aurait rejeté la demande.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish et Rothstein : La Cour d'appel a conclu à bon droit que l'exposé au jury de la thèse de la défense dans le premier procès était inadéquat et un nouveau procès doit être ordonné pour ce motif. [81]

Pour ce qui est de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, il y a lieu de conserver ce principe dans le droit pénal canadien. Si sa portée est circonscrite comme il se doit, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée joue un rôle indispensable pour assurer l'équité envers l'accusé, éviter les verdicts incompatibles et assurer la pérennité du principe du caractère définitif des décisions judiciaires. Les difficultés d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en droit pénal proviennent d'un élargissement de sa portée, qui englobe des circonstances où son application ne sert pas les fins de la justice. Il faut modifier la façon d'aborder cette préclusion en droit pénal canadien pour que son application soit limitée de sorte que le ministère public ne puisse remettre en cause une question ayant fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé lors d'une instance criminelle antérieure, que la décision repose sur une conclusion positive ou sur un doute raisonnable. Si cette préclusion est simplement interprétée comme une règle empêchant la remise en cause de questions réglées, elle s'intègre bien au droit pénal et les problèmes liés à son application dans ce contexte disparaissent en grande partie. [2] [31] [51] [61] [76]

Properly confined, issue estoppel does not mean that every piece of evidence led in a first trial and leading to an acquittal is inadmissible in a subsequent trial on another matter. Only issues either necessarily resolved in favour of the accused as part of the acquittal or on which findings were made, even if on the basis of reasonable doubt, are estopped. The determination of whether an issue was decided at a first trial, either expressly or necessarily as a prerequisite to an acquittal must be based on a review of the relevant portions of the transcript of the first trial and, in particular, on the allegations, the nature of the Crown case, and the defence case. The accused claiming issue estoppel bears the burden of showing that a particular issue was decided in his or her favour in a previous proceeding. Further, issue estoppel should not operate retrospectively to result in evidence being redacted from the record on a prior trial. The concern for finality, one of the principles which underlies the doctrine of issue estoppel, is inconsistent with retroactive application of issue estoppel. [23] [27] [33]

Other doctrines and rules of evidence afford only incomplete protection of the goals that underlie the doctrine of issue estoppel. Fairness requires that an accused should not be called upon to answer factual and legal issues (short of the ultimate verdict) that have been resolved in his or her favour in a previous proceeding. This is the most compelling rationale for retaining issue estoppel in criminal law, as it goes to the core tenets of our criminal justice system. The plea of *autrefois acquit* applies only to the final verdict, not to specific, underlying elements of the Crown's case. The remedy of abuse of process may or may not provide protection against relitigation of a particular issue. Abuse of process is a broad, somewhat vague concept, that has traditionally been reserved for obviously egregious abuses of the Crown power, and successful reliance upon the doctrine will be extremely rare and only in a process tainted to such a degree that it amounts to one of the clearest of cases. [39-42] [75]

Similarly, the rules of evidence restricting character and similar fact evidence are also unlikely to achieve the fairness goal fully. They cover a limited number of the determinations on factual and legal issues that are covered by issue estoppel. It is also problematic that an issue decided in a prior trial may not be similar in the

Si sa portée est circonscrite comme il se doit, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne signifie pas que chaque élément de preuve soumis dans un procès et qui mène à un acquittement est inadmissible dans un procès subséquent portant sur autre chose. Seules sont frappées de préclusion les questions qui ont nécessairement été résolues en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement ou qui ont donné lieu à des conclusions, même celles tirées sur le fondement du doute raisonnable. Pour établir si une question a été expressément tranchée ou a nécessairement dû l'être pour qu'il y ait acquittement dans le premier procès, il faut examiner les passages pertinents de la transcription du procès, en particulier les allégations, la nature de la preuve du ministère public et la preuve de la défense. L'accusé qui invoque la préclusion fondée sur une question déjà tranchée a la charge de prouver qu'une question particulière a effectivement été tranchée en sa faveur lors d'une instance antérieure. En outre, cette préclusion ne pourrait s'appliquer rétrospectivement pour entraîner le retrait d'éléments de preuve du dossier de l'instance antérieure. L'application rétroactive de la préclusion est incompatible avec l'un des principes fondamentaux de cette doctrine, le principe du caractère définitif des décisions. [23] [27] [33]

D'autres doctrines et règles de preuve n'offrent pas une protection complète des objectifs qui sous-tendent la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. L'équité exige que l'accusé n'ait pas à répondre à des questions de fait et de droit (autres que le verdict final) tranchées en sa faveur dans une instance antérieure. Il s'agit là de la justification la plus impérieuse du maintien, dans le droit pénal, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée puisqu'elle concerne un précepte essentiel de notre système de justice pénale. Le plaider d'*autrefois acquit* ne s'applique qu'au verdict final, non à des éléments particuliers sous-jacents à la preuve du ministère public. Le recours à l'abus de procédures peut offrir ou ne pas offrir une protection contre la remise en cause d'une question particulière. L'abus de procédure reste une vaste notion, plutôt vague, qui ne s'est appliquée dans le passé qu'aux manifestations les plus flagrantes d'abus du pouvoir du ministère public, et elle ne pourrait être invoquée avec succès que dans de très rares cas, uniquement lorsque la situation est à ce point viciée qu'elle constitue l'un des cas les plus manifestes. [39-42] [75]

De même, il est également peu probable que les règles restrictives régissant la preuve de moralité et la preuve de faits similaires permettent l'entière réalisation de l'objectif d'équité. Ces règles ne s'appliquent qu'à un nombre limité de décisions relatives à des questions de fait ou de droit susceptibles de donner ouverture à la

sense of the similar fact rule, which focuses on a pattern of criminal conduct going to the essence of the criminal act alleged. The rules of evidence restricting character and similar fact evidence, moreover, are highly discretionary. While the burden is on the Crown to prove admissibility, the accused is in effect called upon to make a case against evidence on a factual issue that has already been resolved in his or her favour. The admissibility of similar fact evidence depends on balancing the probative value of the evidence against the prejudice it may cause to the accused. The accused, to keep the evidence out, would normally attempt to cast doubt on its probative value or show unfair prejudice. The complete protection offered by issue estoppel against having to relitigate factual issues already resolved in the accused's favour is lacking. [43-44]

Here, the majority of the Court of Appeal erred in holding that the subsequent verdict of acquittal on the charge of obstruction of justice required it to find that the eyewitness's evidence of the telephone call from the accused was wrongly admitted on the first trial. The approach to issue estoppel adopted by the majority casts the principle too broadly. This issue can be disposed of on the basis of the order of the verdicts. The acquittal in the second trial cannot operate retrospectively to render the evidence inadmissible in the earlier one. The order of the trials matters and is inherent in the notions of finality that issue estoppel and, more generally, *res judicata* support. [78-79]

Per Deschamps, Abella and Charron JJ.: The trial judge's failure to outline the position of the defence for the jury in the circumstances of this case necessitates a new trial. Although, in light of this conclusion, it is not necessary to deal with the fresh evidence application, the application of issue estoppel in the context of a criminal proceeding has proven problematic and should be reconsidered. This case provides an appropriate context to do so. [90]

As a form of *res judicata*, issue estoppel precludes the relitigation of an issue that has been finally decided

préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il y aura également un problème si une question tranchée lors d'un procès antérieur n'est pas similaire au sens des règles régissant la preuve de faits similaires, qui mettent l'accent sur des habitudes criminelles se rapportant à l'essence de l'acte criminel allégué. En outre, les règles de preuve applicables à la preuve de moralité et à la preuve de faits similaires sont assujetties à des restrictions très discrétionnaires. Bien qu'il incombe au ministère public de démontrer l'admissibilité d'un élément de preuve, l'accusé est effectivement obligé de réfuter un élément de preuve relatif à une question de fait qui a déjà été résolue en sa faveur. La preuve de faits similaires n'est admise que si sa valeur probante s'avère plus importante que le préjudice qu'elle peut causer à l'accusé. Pour faire échec à cette preuve, l'accusé doit habituellement tenter de soulever un doute sur sa valeur probante ou démontrer qu'elle lui causera un préjudice inéquitable. L'accusé n'a plus la protection complète que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée lui assure contre la remise en cause de questions de fait qui ont déjà été résolues en sa faveur. [43-44]

En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à tort que le verdict d'acquiescement prononcé subséquemment à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice obligeait nécessairement à conclure que la déclaration du témoin au sujet de l'appel téléphonique fait par l'accusé avait été irrégulièrement admise lors du premier procès. Les juges majoritaires ont appliqué une interprétation trop large du principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il est possible de trancher cette question en se fondant sur l'ordre dans lequel les verdicts ont été rendus. L'acquiescement prononcé à l'issue du deuxième procès ne peut rendre rétrospectivement inadmissible la preuve présentée lors du procès antérieur. L'ordre dans lequel les procès ont eu lieu a de l'importance et fait partie intégrante des notions de caractère définitif que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et, plus généralement, le principe de chose jugée, visent à protéger. [78-79]

Les juges Deschamps, Abella et Charron : L'omission du juge du procès de présenter au jury la position de la défense, en l'espèce, rend nécessaire la tenue d'un nouveau procès. Bien que, compte tenu de cette conclusion, il ne soit pas nécessaire de statuer sur la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve, l'application dans le contexte d'un procès criminel de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'est révélée problématique et doit être réexaminée. La présente espèce est propice à un tel réexamen. [90]

Dans le but de préserver l'irrévocabilité des décisions, la préclusion découlant d'une question déjà

by a court in another proceeding in the interests of ensuring finality in litigation. While it effectively serves this purpose in the civil context, issue estoppel has proven ill-suited to address the concerns arising from abusive relitigation in the criminal context and as a result, should no longer find application in Canadian criminal law. Concerns about the prevention of abusive relitigation are better addressed in the criminal context by means of existing concepts and provisions other than issue estoppel, including the doctrine of abuse of process; the character evidence rules; the rules against multiple convictions and against collateral attack; the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict*; and s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. [84] [105] [149]

It is well established in the civil context that three preconditions must be met for issue estoppel to be successfully invoked. The requirement that the parties to both proceedings be the same or their privies — the mutuality requirement — is so unsuited to the criminal context that it has never made its way into Canadian criminal law. This precondition, which by definition would estop the accused as well as the Crown, does not accord with the presumption of innocence and the onus on the Crown to prove its case beyond a reasonable doubt. However, rather than rejecting issue estoppel in criminal law on the basis that the concept is a misfit, the Canadian approach has been to transform the concept in its transposition from the civil to the criminal context by excising the mutuality requirement from issue estoppel as it applies in criminal proceedings. Issue estoppel has become an entirely one-sided doctrine in the criminal context, understood and applied solely to estop the Crown from relitigating issues previously decided in favour of an accused. Since mutuality can hardly be viewed as merely an incidental feature of issue estoppel, its elimination in the criminal context means that, at the outset, a court is dealing with a concept inherently different from that applied in the civil context. [112-114] [117] [120]

Issue estoppel further requires that the issue to be estopped be the same as the one decided in the prior decision. The fact that significant difficulties may be encountered in deciding whether a particular question was distinctly put in issue and clearly determined in a prior criminal proceeding signals that issue estoppel may not be a suitable mechanism to address concerns arising from relitigation in the criminal context. The accused's need for protection against unjustified

tranchée, une forme de chose jugée, empêche la remise en cause d'une question ayant fait l'objet d'une décision judiciaire définitive dans une autre instance. Bien qu'elle serve efficacement les fins de la justice en matière civile, cette préclusion ne s'est pas avérée en droit criminel le cadre voulu pour le règlement des problèmes de remise en cause abusive et par conséquent, elle ne devrait plus trouver application en droit criminel canadien. D'autres concepts et dispositions législatives existants apportent une réponse plus adéquate à la problématique des remises en cause abusives, notamment la doctrine de l'abus de procédure, les règles régissant la preuve de moralité, l'interdiction des déclarations de culpabilité multiples, l'interdiction des contestations indirectes, les moyens de défense d'autrefois acquit et d'autrefois convict ainsi que l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [84] [105] [149]

Il est bien établi, en matière civile, que trois conditions doivent être réunies pour que cette forme de préclusion puisse être invoquée. La condition que les parties dans les deux instances doivent être les mêmes ou leurs ayants droit — l'exigence de réciprocité — est si peu adaptée au contexte criminel qu'elle n'a jamais été introduite en droit criminel canadien. Cette exigence qui, par définition, s'applique tant à l'accusé qu'au ministère public, n'est pas compatible avec la présomption d'innocence ni avec l'obligation du ministère public de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Au Canada toutefois, plutôt que d'exclure cette forme de préclusion parce qu'elle n'est pas adaptée au droit criminel, on a plutôt opté pour la transformer, lorsqu'elle est transposée du droit civil au droit criminel, en en retranchant l'exigence de réciprocité. Cette préclusion est devenue en droit criminel une doctrine à sens unique, perçue et appliquée simplement comme une interdiction, pour le ministère public, de remettre en cause des questions ayant déjà fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé. Comme l'exigence de réciprocité peut difficilement être considérée simplement comme un élément marginal de cette préclusion, son élimination en contexte criminel indique qu'un tribunal se trouve d'emblée devant un concept intrinsèquement différent de celui qui s'applique en matière civile. [112-114] [117] [120]

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée exige en outre que la question dont on veut empêcher la remise en cause soit la même que celle qui a été tranchée dans l'instance antérieure. La difficulté d'établir si une question particulière a effectivement été distinctement soulevée et clairement tranchée dans une instance criminelle antérieure signale la possibilité que cette préclusion ne soit pas le mécanisme approprié pour répondre à la problématique de la remise en cause

relitigation will usually be more acute when the prior adjudication has resulted in an acquittal. Yet it is in this context that defining the issue to be estopped proves most difficult as a result of the nature of criminal proceedings, which focus on the question whether the accused is guilty or not guilty of the offence charged, not on an array of distinct issues. In a jury trial, the final decision is delivered in the form of an unexplained verdict of “guilty” or “not guilty”, making it extremely difficult to identify with certainty whether or not the issue sought to be estopped has been finally decided. In cases that fall outside the ambit of the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* and s. 11(h) of the *Charter*, the doctrine of abuse of process can provide a more effective and principled mechanism for guarding against abusive prosecutions in the criminal context. [112] [122] [124] [131]

Finally, for issue estoppel to be successfully invoked, the issue in question must also have been conclusively determined. Determining whether a decision is final for the purpose of issue estoppel has raised some controversy in the case law, even in the context of civil litigation. In the criminal context, the finality assessment takes on an added layer of complexity by virtue of the varying burdens of proof applicable at different stages of a criminal proceeding. Because the burden of proof in a criminal trial is beyond a reasonable doubt, a verdict of “not guilty” encompasses a broad range of circumstances, from factual innocence to proof just short of beyond a reasonable doubt. Taking account of the many shades of doubt upon which a verdict of “not guilty” could reasonably be based, complicates the finality assessment for the purposes of issue estoppel considerably, and underscores the impracticality of an absolute rule precluding the admission of evidence underlying a prior acquittal in a subsequent proceeding. [134-135] [144]

The application of issue estoppel as an absolute rule precluding the admission of prior acquittal evidence in all cases regardless of the basis for the acquittal or of the relevance of the evidence in that subsequent proceeding is inconsistent with the basic rule favouring the admission of all relevant evidence, subject to countervailing concerns. That is not to say that an acquittal should have no bearing on the admissibility of its underlying evidence in a subsequent criminal proceeding, but issue

en contexte criminel. Le besoin de protection de l'accusé contre la remise en cause injustifiée se fera habituellement sentir de façon plus aigüe lorsqu'il y aura eu acquittement dans l'instance antérieure. Pourtant, c'est dans ce contexte qu'il est le plus difficile de définir la question fondant la préclusion en raison de la nature de l'instance criminelle, axée sur la question de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé à l'égard de l'accusation, non sur un éventail de questions distinctes. Dans un procès devant jury, la décision définitive prend la forme d'un verdict de « culpabilité » ou de « non-culpabilité » rendu sans explication, de sorte qu'il est extrêmement difficile de déterminer avec certitude si la question dont on cherche à empêcher la remise en cause a fait l'objet d'une décision définitive. Pour les cas ne donnant pas ouverture aux plaidoyers d'autrefois acquit ou d'autrefois convict ou à l'application de l'al. 11h) de la *Charte*, la doctrine de l'abus de procédure peut offrir un moyen de protection plus efficace et mieux structuré contre les poursuites abusives en matière criminelle. [112] [122] [124] [131]

Enfin, pour que s'applique la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la question doit également avoir été tranchée de façon définitive. L'appréciation du caractère définitif d'une décision pour l'application de cette préclusion a donné lieu à des différends jurisprudentiels, même en matière civile. En matière criminelle, l'appréciation du caractère définitif devient encore plus complexe du fait de la diversité des fardeaux de preuve applicables à différentes étapes d'une instance criminelle. Parce que la norme de preuve en matière criminelle est la preuve hors de tout doute raisonnable, un verdict de « non-culpabilité » recouvre un large éventail de circonstances, de l'innocence factuelle jusqu'à la preuve établie presque hors de tout doute raisonnable. La prise en compte des nombreuses nuances de doute pouvant raisonnablement fonder un verdict de « non-culpabilité » complique considérablement l'appréciation du caractère définitif des décisions que requiert l'application de la préclusion d'une question déjà tranchée et souligne qu'il ne serait pas pratique d'établir une règle absolue rendant inadmissibles dans une instance les éléments de preuve soumis dans une instance antérieure ayant abouti à un acquittement. [134-135] [144]

L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en tant que règle absolue interdisant dans tous les cas l'admission des éléments de preuve d'un acquittement antérieur, quel que soit le fondement de l'acquittement ou la pertinence de ces éléments de preuve pour l'instance subséquente, n'est pas compatible avec la règle fondamentale favorisant l'admission de tout élément de preuve pertinent, sous réserve de préoccupations s'y opposant. Cela ne veut pas dire

estoppel has not proven the optimum analytical framework for deciding questions of admissibility in this context. The question of admissibility of prior acquittal evidence will depend, not on an absolute rule barring its admissibility in all cases, but on the careful weighing of the probative value of the evidence to an ultimate issue in the subsequent proceeding, as against the unfairness of requiring the accused to defend himself repeatedly against the same allegations on the issue in question, in accordance with the familiar similar fact evidence test. Finally, the doctrine of *res judicata*, which is intended in this context to protect an accused against repeated attacks in respect of matters already adjudicated in his favour, can have no retroactive application to impugn the first proceeding. If at all relevant, the principle of *res judicata* could only find application in respect of a subsequent proceeding. [132-133] [145] [147]

The application to introduce fresh evidence ought to have been dismissed. The eyewitness's testimony about the phone call, although clearly relevant, constitutes evidence that the accused committed the criminal offence of obstructing justice, a discreditable act that falls outside the scope of the indictment. The testimony is therefore a form of bad character evidence which, in theory, is subject to the general exclusionary rule. However, in the context of the accused's trial on the attempt murder charge, he would have had no credible basis to argue that the probative value of the evidence about the phone call was outweighed by the potential prejudicial effect of having the jury hear evidence that he may have committed the offence of obstructing justice. Therefore, the evidence about the phone call was properly admitted at trial and there is no reason to overturn the conviction on the ground of its admission. The proposed fresh evidence does not impact that conclusion. The subsequent acquittal on the charge of obstructing justice does not retroactively render this evidence inadmissible on the basis of issue estoppel. The doctrine of *res judicata* does not have any retroactive effect and none of the principles that underlie that doctrine find application in these circumstances. There is nothing about the subsequent obstructing justice proceeding that undermines the reliability of the verdict on the attempt murder charge. [165-167]

qu'un acquittement ne devrait avoir aucune incidence sur l'admissibilité, dans une instance criminelle postérieure, des éléments de preuve qui le sous-tendent, mais la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'est pas révélée le meilleur des cadres analytiques pour trancher les questions d'admissibilité dans ce contexte. L'admissibilité d'éléments de preuve se rapportant à un acquittement antérieur dépendra, non pas d'une règle absolue en interdisant l'admission dans tous les cas, mais d'une évaluation prudente de leur valeur probante pour une question fondamentale de l'instance subséquente par rapport à l'injustice qu'il y a à obliger un accusé à se défendre à répétition contre les mêmes allégations sur la question en cause, conformément au critère déjà connu appliqué en matière de preuve de faits similaires. Enfin, la doctrine de la chose jugée, qui vise dans ce contexte à protéger un accusé contre des attaques répétitives concernant des questions déjà tranchées en sa faveur, ne permet pas, par application rétroactive, de contester le premier procès. Si cette doctrine de la chose jugée revêt la moindre pertinence, elle n'est applicable qu'à l'égard de l'instance subséquente. [132-133] [145] [147]

La demande de présentation de nouveaux éléments de preuve aurait dû être rejetée. La déclaration du témoin au sujet du coup de téléphone, bien qu'elle soit incontestablement pertinente, constitue une preuve de la commission par l'accusé de l'infraction criminelle d'entrave à la justice, un acte déshonorant qui ne se rapporte pas à l'acte d'accusation. La déclaration constitue donc une forme de preuve de mauvaise moralité soumise, en théorie, à la règle générale d'exclusion. Toutefois, dans le contexte du procès de l'accusé pour tentative de meurtre, ce dernier n'aurait pu asseoir sur aucun fondement crédible son argument que les effets préjudiciables pouvant résulter de la présentation au jury d'un élément de preuve indiquant qu'il pouvait s'être rendu coupable d'entrave à la justice l'emportaient sur la valeur probante du témoignage relatif à l'appel téléphonique. Par conséquent, c'est à bon droit que la preuve relative à l'appel téléphonique a été admise au procès, et son admission ne saurait justifier l'annulation de la déclaration de culpabilité. Le nouvel élément de preuve qu'on veut présenter est sans incidence sur cette conclusion. L'acquiescement subséquent à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice ne rend pas cette preuve rétroactivement inadmissible par application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. La doctrine de la chose jugée n'a aucun effet rétroactif et aucun des principes fondamentaux de la chose jugée ne s'applique dans les circonstances. Rien dans l'instance subséquente relative à l'entrave à la justice ne remet en question le verdict rendu à l'égard de l'accusation de tentative de meurtre. [165-167]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Explained: *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810; **referred to:** *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798; *R. v. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268; *R. v. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465, leave to appeal ref'd, [2000] 1 S.C.R. xviii; *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd.*, [1967] 1 A.C. 853; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555; *R. v. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. Regan* (1999), 131 C.C.C. (3d) 286.

By Charron J.

Referred to: *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555; *Muir v. Carter* (1889), 16 S.C.R. 473; *Wright v. The Queen*, [1963] S.C.R. 539; *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] S.C.R. 594; *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380; *Boucher v. Stelco Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 279, 2005 SCC 64; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *R. v. Van Rassel*, [1990] 1 S.C.R. 225; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44; *R. v. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339; *R. v. Hogan*, [1974] 1 Q.B. 398; *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Rizzo v. Hanover Insurance Co.* (1993), 14 O.R. (3d) 98; *R. v. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459; *R. v. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268; *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. B. (L.)* (1997), 9 C.R. (5th) 38; *R. v. Kirk* (2004), 188 C.C.C. (3d) 329; *R. v. Oldford* (1999), 139 C.C.C. (3d) 288; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(h).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 8(3), 607.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt expliqué : *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810; **arrêts mentionnés :** *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798; *R. c. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268; *R. c. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xviii; *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Bradford & Bingley Building Society c. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482; *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248; *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd.*, [1967] 1 A.C. 853; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555; *R. c. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. Regan* (1999), 131 C.C.C. (3d) 286.

Citée par la juge Charron

Arrêts mentionnés : *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555; *Muir c. Carter* (1889), 16 R.C.S. 473; *Wright c. The Queen*, [1963] R.C.S. 539; *Cargill Grain Co. c. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] R.C.S. 594; *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380; *Boucher c. Stelco Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 279, 2005 CSC 64; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44; *R. c. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339; *R. c. Hogan*, [1974] 1 Q.B. 398; *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420; *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248; *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Rizzo c. Hanover Insurance Co.* (1993), 14 O.R. (3d) 98; *R. c. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459; *R. c. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268; *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. B. (L.)* (1997), 9 C.R. (5th) 38; *R. c. Kirk* (2004), 188 C.C.C. (3d) 329; *R. c. Oldford* (1999), 139 C.C.C. (3d) 288; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11h).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 8(3), 607.

Authors Cited

- Boilard, Jean-Guy. *Guide to Criminal Evidence*, vol. 1. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991 (loose-leaf updated September 2008, Issue 48).
- Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. by Colin Tapper. New York: Oxford University Press, 2007.
- Delisle, J. R. “Three Recent Decisions of the Supreme Court of Canada Affecting the Law of Similar Fact Evidence” (1992), 16 *Prov. Judges J.* 13.
- Friedland, Martin L. *Double Jeopardy*. Oxford: Clarendon Press, 1969.
- Gorman, Wayne. “Multiple Count Indictments and the Impact of the Accused Being Acquitted on a Count Subsequently Used as Similar Fact Evidence” (1994), 30 C.R. (4th) 222.
- Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.
- Mahoney, Richard. “Acquittals as Similar Fact Evidence: Another View” (2003), 47 *Crim. L.Q.* 265.
- Mirfield, Peter. “Shedding a Tear for Issue Estoppel”, [1980] *Crim. L.R.* 336.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Concord, Ont.: Irwin Law, 2005.
- Rosenberg, Marc. “Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct”, in National Criminal Law Program, *Criminal Evidence*, vol. 1. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, s. 8.1.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Stewart, Hamish. “Issue Estoppel and Similar Facts” (2008), 53 *Crim. L.Q.* 382.
- Stuesser, Lee. “Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence” (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488.
- Wright, Keith E. “Similar Fact Multiple Count Indictments — A Reply” (1994), 32 C.R. (4th) 301.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Blair and Rouleau J.J.A.) (2006), 80 O.R. (3d) 35, 209 O.A.C. 198, 208 C.C.C. (3d) 515, [2006] O.J. No. 1619 (QL), 2006 CarswellOnt 2421, setting aside the accused’s conviction for aggravated assault and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Lucy Cecchetto and Sunita Srivastava, for the appellant.

Doctrine citée

- Boilard, Jean-Guy. *Manuel de preuve pénale*, vol. 1. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2008, envoi n^o 48).
- Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. by Colin Tapper. New York : Oxford University Press, 2007.
- Delisle, J. R. « Three Recent Decisions of the Supreme Court of Canada Affecting the Law of Similar Fact Evidence » (1992), 16 *J.J. prov.* 13.
- Friedland, Martin L. *Double Jeopardy*. Oxford : Clarendon Press, 1969.
- Gorman, Wayne. « Multiple Count Indictments and the Impact of the Accused Being Acquitted on a Count Subsequently Used as Similar Fact Evidence » (1994), 30 C.R. (4th) 222.
- Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2004.
- Mahoney, Richard. « Acquittals as Similar Fact Evidence : Another View » (2003), 47 *Crim. L.Q.* 265.
- Mirfield, Peter. « Shedding a Tear for Issue Estoppel », [1980] *Crim. L.R.* 336.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Concord, Ont. : Irwin Law, 2005.
- Rosenberg, Marc. « Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct », dans Colloque national sur le droit criminel, *Criminal Evidence*, vol. 1. Vancouver : Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 1994, art. 8.1.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
- Stewart, Hamish. « Issue Estoppel and Similar Facts » (2008), 53 *Crim. L.Q.* 382.
- Stuesser, Lee. « Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence » (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488.
- Wright, Keith E. « Similar Fact Multiple Count Indictments — A Reply » (1994), 32 C.R. (4th) 301.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Sharpe, Blair et Rouleau) (2006), 80 O.R. (3d) 35, 209 O.A.C. 198, 208 C.C.C. (3d) 515, [2006] O.J. No. 1619 (QL), 2006 CarswellOnt 2421, qui a annulé la déclaration de culpabilité de voies de fait graves prononcée contre l’accusé et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Lucy Cecchetto et Sunita Srivastava, pour l’appelante.

R. Philip Campbell, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] I have read the reasons of my colleague Justice Charron and agree with them, with the exception of their treatment of issue estoppel. Issue estoppel, as applied in Canada since *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810, has created perplexing difficulties and fostered calls for reform. That reform is required is beyond doubt. The only question is whether that reform should take the form of excising issue estoppel entirely from the criminal law, as my colleague contends, or whether the principle should be retained in a narrower, less problematic form.

[2] I favour the latter approach. In my view, the difficulties associated with the application of issue estoppel in criminal law arise from the fact that it has been extended to circumstances where justice does not support its application. Properly confined, in accordance with a proper reading of the majority reasons in *Grdic*, issue estoppel plays an indispensable role in ensuring fairness to the accused, avoiding inconsistent verdicts and maintaining the principle of finality. Other concepts, such as abuse of process, character evidence rules, and the rules governing the admissibility of similar fact evidence, do not completely or effectively guarantee these goals. Though it shares many features with its civil law equivalent, criminal law issue estoppel is a stand-alone doctrine responsive to the unique characteristics of criminal trials. I would therefore decline to throw out issue estoppel in its entirety. Rather, I would modify the current Canadian approach to issue estoppel in criminal law, confining it to the focused compass of precluding the Crown from leading evidence which is inconsistent

R. Philip Campbell, pour l'intimé.

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

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue, la juge Charron, et j'y souscris sauf en ce qui concerne la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Cette préclusion, telle qu'elle est appliquée au Canada depuis l'arrêt *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810, est source de confusion et elle a suscité des demandes de réforme. Une réforme est incontestablement nécessaire, et il reste uniquement à déterminer si elle devrait consister en la suppression complète, en droit pénal, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, comme le propose ma collègue, ou s'il y a lieu d'en conserver le principe dans une forme plus restreinte et moins problématique.

[2] Je préconise la deuxième solution. À mon avis, les difficultés d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en droit pénal proviennent d'un élargissement de sa portée, qui englobe des circonstances où son application ne sert pas les fins de la justice. Si sa portée est circonscrite comme il se doit, conformément à une interprétation juste des motifs de la majorité de la Cour dans *Grdic*, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée joue un rôle indispensable pour assurer l'équité envers l'accusé, éviter les verdicts incompatibles et assurer la pérennité du principe du caractère définitif des décisions judiciaires. D'autres concepts, comme l'abus de procédure et les règles régissant la preuve de moralité ou l'admission de la preuve de faits similaires, ne garantissent pas de façon aussi complète et efficace l'atteinte de ces objectifs. Bien qu'elle partage de nombreux aspects avec son équivalent de droit civil, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée constitue en droit pénal une doctrine distincte adaptée aux caractéristiques propres aux

with findings made in the accused's favour in a previous proceeding.

[3] Applying this principle to the facts in this case, I conclude that issue estoppel does not operate against the Crown. The accused argues that issue estoppel means that evidence admitted on his first trial, the verdict under appeal, must now be deemed to have been improperly admitted on the ground that he was acquitted on a second charge where the subject matter of the second charge was the same as the impugned evidence led at the first trial. In my view, this argument invokes the doctrine of issue estoppel in a manner that is overbroad. I agree with Blair J.A., dissenting in the Court of Appeal, that properly understood, issue estoppel does not operate retrospectively to require the ordering of a new trial. However, as a new trial is required on other grounds, I would dismiss the appeal.

II. Background

[4] In order to assess the applicability of the doctrine of issue estoppel in this case, it is necessary to retain in clear focus the sequence of events giving rise to the accused's claim.

[5] The first trial of the accused, Mahalingan, was for attempted murder. The charge against Mahalingan and two other men arose out of the attack of two men in a parked car by a gang of approximately fifteen men. Mahalingan was charged with attempted murder, and his two co-accused were charged with aggravated assault. The main issue was the identity of the attackers.

procès criminels. Je me refuse donc à rejeter intégralement la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. J'estime plutôt qu'il faut modifier la façon de l'aborder en droit pénal canadien pour que son champ d'application soit limité à l'interdiction, pour le ministère public, de présenter une preuve incompatible avec des conclusions favorables à l'accusé formulées dans une instance antérieure.

[3] L'application de ce principe aux faits de la présente espèce m'amène à conclure que cette préclusion ne joue pas contre le ministère public. L'accusé prétend que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée fait en sorte que la preuve admise lors du premier procès — dont le verdict fait l'objet du présent pourvoi — doit à présent être considérée comme admise irrégulièrement puisqu'il a été acquitté d'une deuxième accusation ayant le même fondement que la preuve contestée soumise au premier procès. À mon avis, cet argument procède d'une conception trop large de cette forme de préclusion. Je partage l'opinion du juge Blair, dissident en Cour d'appel, que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, si elle est bien interprétée, ne s'applique pas rétrospectivement pour fonder une ordonnance de nouveau procès. Toutefois, puisqu'un nouveau procès est nécessaire pour d'autres motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte

[4] Il importe, pour statuer sur l'applicabilité de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en l'espèce, de conserver clairement à l'esprit la séquence des événements sur laquelle repose la prétention de l'accusé.

[5] L'accusé, M. Mahalingan, a subi un premier procès pour tentative de meurtre. L'accusation portée contre lui et deux autres hommes, se rapportait à une agression perpétrée par un gang d'une quinzaine d'hommes contre deux hommes qui prenaient place dans une voiture garée. Monsieur Mahalingan a été accusé de tentative de meurtre et ses deux coaccusés, de voies de fait graves. La principale question soulevée au procès portait sur l'identité des agresseurs.

[6] The Crown's case rested mainly on the evidence of Balasingam, the driver of the parked vehicle. Balasingam testified that Mahalingan was the man who first attacked the passenger, Perinpanathan. Balasingam testified that, after kicking Perinpanathan, Mahalingan attacked Perinpanathan with a long dagger. He also testified that he later saw Mahalingan standing at the rear of the car, yelling encouragement to the other attackers. In addition to evidence of what happened at the scene of the crime, the Crown relied on Balasingam's evidence that after the events, Mahalingan, while in jail, telephoned him to apologize and to ask Balasingam not to testify against him. The defence attacked Balasingam's credibility. Balasingam had a lengthy criminal record including offences of dishonesty, and there were numerous inconsistencies in his various accounts of the attack and Mahalingan's involvement. The jury convicted Mahalingan of the lesser charge of aggravated assault.

[7] Mahalingan was subsequently charged with obstruction of justice, based on Balasingam's evidence that Mahalingan had telephoned him and asked him not to testify against him. A judge acquitted Mahalingan of this charge.

[8] On appeal from the charge of aggravated assault, Mahalingan applied to have the acquittal on the charge of obstruction of justice admitted as fresh evidence. His intention was to use the acquittal to argue that Balasingam's evidence of the telephone call was improperly admitted on the prior attempted murder trial, on the ground that to allow its admissibility to stand would offend the principle of issue estoppel.

[9] All members of the Court of Appeal expressed concern with this argument and with the state of the law concerning issue estoppel in criminal proceedings in Canada. However, the majority, *per* Sharpe J.A., felt compelled by prior authority to accede to

[6] La preuve du ministère public reposait principalement sur le témoignage du conducteur du véhicule, M. Balasingam. Ce dernier a affirmé que M. Mahalingan avait été le premier à attaquer le passager, M. Perinpanathan, en lui assénant d'abord des coups de pied puis en l'attaquant avec une arme à longue lame. Le témoin a aussi déclaré qu'il avait plus tard vu M. Mahalingan, derrière le véhicule, encourager les autres agresseurs. En plus de la déposition de M. Balasingam sur ce qui s'est passé sur les lieux du crime, le ministère public a eu recours au témoignage de ce dernier selon lequel, après ces incidents, M. Mahalingan lui avait téléphoné du pénitencier pour lui présenter des excuses et pour lui demander de ne pas témoigner contre lui. La défense a attaqué la crédibilité de M. Balasingam. Ce dernier avait un lourd casier judiciaire comprenant des infractions de malhonnêteté, et ses différents récits concernant l'attaque et le rôle de M. Mahalingan présentaient de nombreuses contradictions. Le jury a déclaré M. Mahalingan coupable de l'infraction moindre de voies de fait graves.

[7] Monsieur Mahalingan a ensuite été accusé d'entrave à la justice, sur le fondement du témoignage de M. Balasingam selon lequel M. Mahalingan l'avait appelé et lui avait demandé de ne pas témoigner contre lui. Le juge a acquitté M. Mahalingan.

[8] Monsieur Mahalingan a porté en appel le verdict le déclarant coupable de voies de fait graves et a demandé l'autorisation de soumettre comme nouvel élément de preuve son acquittement relativement à l'accusation d'entrave à la justice. Il voulait, en s'appuyant sur l'acquittement, faire valoir que le témoignage de M. Balasingam au sujet de l'appel téléphonique avait été admis irrégulièrement lors du procès antérieur pour tentative de meurtre, car le maintien de l'admissibilité de cet élément de preuve enfreindrait le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[9] Les trois juges de la Cour d'appel ont tous exprimé des réserves au sujet de cet argument ainsi que de l'état du droit canadien relatif à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en matière criminelle. Toutefois, le juge Sharpe, au nom de la

the accused's argument and grant the motion for fresh evidence. Blair J.A. dissented, arguing that properly understood, the doctrine of issue estoppel did not apply retrospectively to compel the conclusion that Balasingam's evidence of the telephone call had been improperly admitted in the first trial.

III. Analysis

[10] The Crown took the position that this Court should overrule the settled law in Canada concerning issue estoppel and rule that issue estoppel has no place in criminal proceedings. Alternatively, the Crown argued that issue estoppel should not be applied in retrospective fashion, so as to unravel completed trials. I cannot accept the first submission, but endorse the second.

[11] Issue estoppel has been a constant element in Canadian criminal law for over three decades, if not longer. This alone does not compel its survival. If it is clearly unhelpful and unnecessary, then it should be jettisoned. However, this Court should approach with caution a plea to oust a doctrine it has repeatedly endorsed, and only accede to the plea upon clear demonstration that it fails to serve the ends of justice.

[12] Three arguments are advanced against maintaining issue estoppel. The first is that it is not necessary, because other doctrines adequately guard against the problems to which the doctrine of issue estoppel is directed. The second is that the requirements of issue estoppel do not fit well with the premises of the criminal law. The third is that the doctrine, as applied in criminal law, is unworkably problematic. I will consider each argument in turn.

[13] However, before turning to the arguments for and against issue estoppel, it may be helpful to

majorité, a estimé que la jurisprudence lui imposait de recevoir l'argument de l'accusé et d'accueillir sa requête pour présentation de nouveaux éléments de preuve. Le juge Blair, dissident, a exprimé l'avis que la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, si elle est correctement interprétée, ne pouvait s'appliquer rétrospectivement et dicter la conclusion que le témoignage de M. Balasingam relatif à l'appel téléphonique avait été irrégulièrement admis en preuve lors du premier procès.

III. Analyse

[10] Le ministère public a soutenu que notre Cour devait écarter les principes établis, au Canada, en matière de préclusion découlant d'une question déjà tranchée et statuer que cette préclusion n'avait pas sa place en matière criminelle. Subsidiairement, le ministère public a plaidé que cette préclusion ne devait pas s'appliquer de façon rétrospective et défaire un procès clos. Je ne puis accepter le premier argument, mais je souscris au second.

[11] La préclusion découlant d'une question déjà tranchée est une doctrine appliquée de façon constante en droit pénal canadien depuis plus de trois décennies au moins. Cette longévité, à elle seule, ne saurait dicter sa survie. S'il est manifeste qu'elle n'est ni utile ni nécessaire, elle devrait être abandonnée. Toutefois, notre Cour doit aborder avec prudence une demande d'écarter une doctrine qu'elle a maintes fois approuvée, et ne doit accéder à cette demande que s'il est clairement démontré que la doctrine ne sert pas les fins de la justice.

[12] On fait valoir trois arguments contre le maintien de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Premièrement, elle est inutile parce que d'autres doctrines permettent de prévenir les problèmes qu'elle prétend résoudre. Deuxièmement, les exigences de cette préclusion s'accordent mal avec les principes du droit pénal. Et troisièmement, telle qu'elle s'applique en droit pénal, cette préclusion entraîne des problèmes insolubles. J'aborderai tour à tour chacun de ces arguments.

[13] Toutefois, il pourrait être utile, avant d'étudier les arguments favorables ou défavorables à la

review its place in the law and the development of the Canadian position on issue estoppel.

A. *Issue Estoppel in the Criminal Law: The Current Canadian Position*

[14] The common law developed two doctrines to deal with problems of unfair relitigation, consistency of result and finality. Both come out of the broad concept known as *res judicata*.

[15] The first branch of *res judicata* is sometimes called cause of action estoppel in the civil context, or double jeopardy in the criminal context. An argument on this basis asserts that the cause of action in a current proceeding is the same as the cause of action in a proceeding previously litigated, with the result that the current action should not proceed. In criminal law, the double jeopardy principle finds expression in the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict*.

[16] The second branch of *res judicata* is issue estoppel. Issue estoppel is concerned not with whether the cause of action in two proceedings is the same, but with whether an issue to be decided in proving the current action is the same as an issue decided in a previous proceeding. The causes of action may be (and typically are) different. Issue estoppel in Canada has historically applied to both civil and criminal law.

[17] While double jeopardy is concerned with the total cause of action and the ultimate result of the litigation, issue estoppel is concerned with particular issues arising in two different pieces of litigation. As will be discussed more fully below, much of the difficulty associated with issue estoppel in the criminal context is the result of conflating the focus of double jeopardy on the ultimate verdict with the proper and narrower concern of issue estoppel, which is particular determinations on the

préclusion découlant d'une question déjà tranchée, d'examiner la place qu'elle occupe en droit et l'évolution de la position canadienne à son égard.

A. *La préclusion découlant d'une question déjà tranchée et le droit pénal : la position actuelle au Canada*

[14] Pour résoudre les problèmes de remise en cause injuste, de cohérence des décisions et de caractère définitif des décisions, la common law a élaboré deux doctrines, qui tirent toutes deux leur origine d'un large concept connu sous le nom de principe de la chose jugée.

[15] Le premier volet du principe de la chose jugée est parfois appelé préclusion fondée sur la cause d'action en contexte civil, ou protection contre le double péril en contexte criminel. Lorsqu'on invoque cette préclusion dans une instance donnée, on fait valoir qu'une action donnée ne devrait pas aller de l'avant parce qu'elle repose sur une cause identique à celle d'une instance antérieure. En droit pénal, le principe de protection contre le double péril prend la forme des plaidoyers d'*autrefois acquit* et d'*autrefois convict*.

[16] Le second volet du principe de la chose jugée est la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Dans ce cas, il ne s'agit pas de se demander si les deux instances ont la même cause d'action, mais si une question qui se pose dans une instance n'a pas déjà été tranchée dans une instance antérieure. Les causes d'actions peuvent différer (et c'est généralement le cas). En droit canadien, cette préclusion s'est historiquement appliquée en matière civile et en matière criminelle.

[17] Contrairement à la protection contre le double péril, qui prend en compte la cause d'action dans son intégralité et le résultat final du litige, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée porte sur des questions particulières se posant dans deux instances différentes. Comme on le verra en détail ci-après, la difficulté que soulève cette préclusion en matière criminelle découle en bonne partie de ce que l'on a confondu l'élément central du double péril, le verdict final, et l'objet propre de

issues supporting the verdict. If issue estoppel is confined to prior determinations of issues, the difficulties largely vanish.

[18] The conflation of the result-based double jeopardy principle and issue estoppel can be traced to this Court's decision in *Grdic*. Two views of issue estoppel were expressed in *Grdic*. A majority of five, *per* Lamer J. (as he then was), took the view that "any issue, the resolution of which had to be in favour of the accused as a prerequisite to the acquittal, is irrevocably deemed to have been found conclusively in favour of the accused" (p. 825). Lamer J. went on to state: "This is so even though the judgment might well be the result of a reasonable doubt on that issue . . ." (p. 825). Accordingly, Lamer J. held that since identity was the central issue in the first trial in *Grdic*, and since the trial judge had a reasonable doubt about identity, the Crown was estopped from relitigating that issue (pp. 825-26). In short, if an issue supporting an acquittal is resolved in favour of the accused on one offence, on whatever basis, evidence to contradict the finding on that issue cannot subsequently be re-led on different charges.

[19] By contrast, Wilson J., dissenting, held that because the trial judge's reasons in *Grdic* were based on a reasonable doubt about identity, rather than an affirmative factual finding of lack of identity, the Crown was not estopped from calling evidence going to the issue of identity (pp. 817-18).

[20] In sum, both Lamer J. and Wilson J. confirmed the applicability of the principle of issue estoppel in criminal law. Both saw it as a principle that prevented relitigation of an issue decided in the accused's favour in a prior trial. They differed

la préclusion, plus étroit, axé sur des décisions particulières concernant des questions sous-jacentes au verdict. Si l'application de cette préclusion est limitée aux conclusions antérieures sur de telles questions, on élimine une grande partie des problèmes.

[18] On peut faire remonter à l'arrêt *Grdic* de notre Cour la confusion entre le principe de la protection contre le double péril, axé sur le résultat, et la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Deux conceptions de cette préclusion ont été exposées dans cet arrêt. Suivant le juge Lamer (plus tard Juge en chef), qui s'exprimait au nom des cinq juges de la majorité, « toute question qui a nécessairement dû être résolue en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement est réputée de façon irrévocable avoir été tranchée définitivement en faveur de l'accusé » (p. 825). Le juge Lamer a ajouté : « Il en est ainsi quoique le jugement ait fort bien pu résulter d'un doute raisonnable sur cette question . . . » (p. 825). En conséquence, le juge Lamer a conclu que, puisque la question de l'identité était la question centrale du premier procès dans *Grdic*, et puisque le juge du procès avait un doute raisonnable au sujet de l'identité, le ministère public était préclus de remettre cette question en cause (p. 825-826). En résumé, si une question sous-jacente à un acquittement a été, pour quelque raison que ce soit, résolue en faveur de l'accusé relativement à une accusation, le ministère public ne peut subséquemment, relativement à des chefs d'accusation différents, soumettre des éléments de preuve qui vont à l'encontre de cette décision antérieure sur cette question.

[19] Par contre, la juge Wilson, dissidente, a exprimé l'avis que, puisque la décision du juge du procès dans *Grdic* procédait d'un doute raisonnable au sujet de l'identité et non de la conclusion de fait positive que l'identité n'avait pas été établie, le ministère public pouvait présenter une preuve relative à l'identité (p. 817-818).

[20] En résumé, tant le juge Lamer que la juge Wilson ont confirmé l'applicabilité en droit pénal de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Tous deux y ont vu une règle empêchant la remise en cause d'une question ayant fait l'objet

only on whether the principle extended to issues resolved in the accused's favour on the basis of a reasonable doubt. The majority of the Court, *per* Lamer J., held that it did; the dissenting justices, *per* Wilson J., held that it did not. (Lamer J. and Wilson J. also differed on the limits of the fraud exception to issue estoppel; however, that issue does not arise in this appeal.)

[21] Some of the difficulty with the application of issue estoppel appears to find its genesis in a misreading of the majority in *Grdic* that the fact of an acquittal estops the Crown from relitigating *any* fact that was in issue in the first trial, whether or not it can be shown that the particular issue was decided in the accused's favour in the first case. The basis for this extension of the principle may lie in Lamer J.'s comment in *Grdic* that "[t]here are not different kinds of acquittals" (p. 825) — a comment made at the outset of his analysis in response to concerns about the trial judge's comments that one of the witnesses on identity must have committed perjury. Lamer J.'s concern appears to have been to rebut any suggestion that the acquittal was somehow tainted or not genuine, as a result of the finding of perjury. It was in this context that he stated that all acquittals are equal and that one cannot go behind them. Lamer J. then turned to *res judicata* and issue estoppel. The balance of the analysis focuses, not on the acquittal, but on whether the issue of identity had been decided in the first trial. Lamer J. expressly affirmed that a prior acquittal on a different charge "does not mean that, for the purpose of the application of the doctrine of *res judicata*, the Crown is estopped from re-litigating all or any of the issues raised in the first trial" (p. 825), limiting the scope of issue estoppel to "any issue, the resolution of which had to be in favour of the accused as a prerequisite to the acquittal" (p. 825). Whether the Crown was estopped was discussed as dependent, not on the fact of an acquittal in a previous proceeding, but on whether the issue in question has been decided in the accused's favour in a previous proceeding. On the facts of *Grdic*, Lamer J. found

d'une décision favorable à l'accusé dans un procès antérieur. Ils n'ont différé d'opinion que sur l'application de la règle lorsque les décisions favorables à l'accusé procèdent d'un doute raisonnable. Le juge Lamer, au nom des juges majoritaires, a affirmé que la règle s'applique et la juge Wilson, exposant l'opinion des juges dissidents, a estimé qu'elle n'est pas applicable. (Les juges Wilson et Lamer divergeaient également d'opinion sur les limites de l'exception à la règle de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en cas de fraude, mais cette question ne se pose pas en l'espèce.)

[21] Les problèmes d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée semblent provenir en partie d'une interprétation erronée de l'opinion majoritaire exprimée dans *Grdic*; selon cette interprétation, le fait de l'acquittal interdit au ministère public de rouvrir le débat sur *tout* fait en cause dans un premier procès, peu importe que l'on puisse démontrer que la décision relative à ce fait était favorable à l'accusé. Cet élargissement du principe peut découler du commentaire du juge Lamer dans *Grdic*, selon lequel « [i]l n'existe pas différentes sortes d'acquittements » (p. 825). Par ce commentaire ouvrant son analyse, le juge répondait aux préoccupations soulevées par l'affirmation du juge de première instance que l'un des témoins entendus relativement à la question de l'identité devait s'être parjuré. Le juge Lamer semble ainsi avoir voulu écarter toute idée que la conclusion qu'il y avait eu parjure viciait ou faussait en quelque sorte l'acquittal. C'est dans ce contexte qu'intervient son affirmation que tous les acquittements sont égaux et qu'il n'y a pas lieu d'aller au-delà d'un acquittal. Le juge Lamer a ensuite entrepris l'analyse du principe de la chose jugée et de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Le reste de son examen a porté, non pas sur l'acquittal, mais sur la question de savoir s'il y avait eu décision sur l'identité lors du premier procès. Le juge Lamer a expressément indiqué qu'un acquittal antérieur à l'égard d'une accusation différente « ne signifie pas qu'aux fins de l'application de la doctrine de la *res judicata*, la poursuite ne peut rouvrir certaines ou toutes les questions soulevées au premier procès » (p. 825), restreignant la portée de la préclusion découlant d'une question

that the issue of identity had been decided in favour of the accused in the first trial, based on a review of the record of the first trial, including the defence led, and the nature of the case (*Grdic*, at p. 826).

[22] To the extent that *Grdic* has been read as preventing the Crown from leading evidence on *any* issue raised in a previous trial that resulted in an acquittal, this is a misreading of the majority's holding. Only issues which were decided in the accused's favour, whether on the basis of a positive factual finding or a reasonable doubt, are the subject of issue estoppel.

[23] It is thus not every factual issue in the trial resulting in an acquittal which results in an estoppel at a subsequent trial, but only those issues which were expressly resolved or, given how the case was argued, had to be resolved for there to be an acquittal. If a particular issue was decided in favour of the accused at a previous trial, even if the issue was decided on the basis of reasonable doubt, issue estoppel applies. The determination of whether an issue was decided at a first trial, either expressly or necessarily as a prerequisite to an acquittal, must be based on a review of the relevant portions of the transcript of the first trial, in particular, the allegations, the nature of the Crown's case, and the defence's case: *Grdic*, at p. 826. The accused claiming issue estoppel bears the burden of showing that a particular issue was decided in his or her favour in a previous proceeding.

déjà tranchée à « toute question qui a nécessairement dû être résolue en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement » (p. 825). Il a statué sur l'application de la préclusion au ministère public non pas en fonction de l'existence d'un acquittement dans une instance antérieure mais en se demandant si la question en cause avait été tranchée en faveur de l'accusé dans une instance antérieure. Compte tenu des faits, le juge Lamer a conclu, en se fondant sur le dossier du premier procès et, notamment, sur la défense présentée et la nature de l'affaire, que la question de l'identité avait fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé lors du premier procès (*Grdic*, p. 826).

[22] C'est à tort qu'on interprète la décision des juges majoritaires dans *Grdic* comme interdisant au ministère public de présenter une preuve sur *toute* question soulevée dans un procès antérieur ayant abouti à un acquittement. Seules les questions tranchées en faveur de l'accusé, par suite d'une conclusion de fait positive ou par l'opération d'un doute raisonnable, donnent lieu à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[23] Ainsi, ce ne sont pas toutes les questions de fait examinées dans un procès ayant mené à un acquittement qui donnent ouverture à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, mais seulement celles qui ont expressément été tranchées ou celles qui, compte tenu de la façon dont l'affaire a été plaidée, ont nécessairement dû être tranchées pour qu'il y ait acquittement. Si une question particulière a été tranchée en faveur de l'accusé dans un procès antérieur, même si la décision procède d'un doute raisonnable, la préclusion joue. Pour établir si une question a été expressément tranchée ou a nécessairement dû l'être pour qu'il y ait acquittement dans le premier procès, il faut examiner les passages pertinents de la transcription du procès, en particulier les allégations, la nature de la preuve du ministère public et la preuve de la défense (*Grdic*, p. 826). L'accusé qui invoque la préclusion fondée sur une question déjà tranchée a la charge de prouver qu'une question particulière a effectivement été tranchée en sa faveur lors d'une instance antérieure.

[24] In a one-issue trial, like *Grdic*, the effect of issue estoppel is that the Crown will normally be estopped from calling evidence about the central issue in the trial on a subsequent trial (subject to *Ollis*-exception situations as discussed below, where the Crown is not seeking to contradict the factual finding from the first trial). But in a more complex multi-issue trial, depending on the facts, the Crown may not be estopped on all issues. This is because the acquittal must have been based on only one factual issue, or because it may not be possible to discern which issue the acquittal is based on.

[25] In such a case, it may not be clear that the relevant issue was resolved in the accused's favour on the first trial. An example of a situation where issue estoppel did not apply, because it was not clear an issue was decided in the accused's favour in the first trial, can be seen in this Court's decision in *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798. In *Gushue*, the Court considered whether issue estoppel applied where the accused had been acquitted of murder in the course of a robbery involving a co-accused, and was subsequently charged with the robbery. This Court held that issue estoppel did not apply to prevent the robbery charge from proceeding, because different theories of liability were left to the jury at the murder trial, with the effect that the acquittal on the murder charge did not necessarily require a finding of fact that the accused had not participated in a robbery (pp. 806-7).

[26] In summary, the majority reasons in *Grdic* stand for the following proposition. The Crown is estopped from leading evidence which is inconsistent with findings made in a previous trial, whether those findings were expressly made in the accused's favour or resolved on the basis of a reasonable doubt. Issue estoppel applies only to findings on a prior

[24] Lorsqu'une seule question était en cause dans le procès antérieur, comme dans l'affaire *Grdic*, la préclusion a normalement pour effet d'empêcher le ministère public de présenter des éléments de preuve se rapportant à cette question lors d'un procès subséquent (sous réserve des situations donnant ouverture à l'exception formulée dans *Ollis*, dont il sera question plus loin, où le ministère public ne cherche pas à contredire la conclusion factuelle du premier procès). Cependant, dans le cas d'un procès soulevant plusieurs questions, il est possible, compte tenu des faits, que le ministère public ne soit pas préclus à l'égard de toutes les questions. Il en va ainsi parce que l'acquittement doit avoir été fondé sur une seule question de fait ou parce qu'il peut être impossible de discerner la question ayant fondé l'acquittement.

[25] Dans un tel cas, il peut ne pas être évident que la question pertinente a été résolue en faveur de l'accusé lors du premier procès. L'arrêt de notre Cour *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798, fournit un exemple d'une situation dans laquelle la préclusion n'a pas joué parce que rien n'indiquait clairement que la question avait été résolue en faveur de l'accusé au premier procès. Dans cette affaire, notre Cour a examiné si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquait dans le cas où l'accusé avait été acquitté d'un meurtre commis au cours d'un vol qualifié perpétré avec un coaccusé et avait ensuite été poursuivi pour vol qualifié. La Cour a statué qu'on ne pouvait invoquer cette préclusion pour empêcher la tenue du procès pour vol qualifié parce que différentes thèses avaient été présentées au jury relativement à la responsabilité criminelle lors du procès pour meurtre, de sorte que le verdict d'acquittement rendu n'impliquait pas nécessairement que le jury avait conclu à la non-participation de l'accusé au vol qualifié (p. 806-807).

[26] En résumé, les motifs de la majorité dans *Grdic* établissent le principe suivant. Le ministère public est préclus de soumettre une preuve incompatible avec les conclusions d'un procès antérieur, lorsque ces conclusions sont expressément favorables à l'accusé ou qu'elles sont fondées sur un doute raisonnable. La préclusion découlant d'une

trial (as held by Blair J.A. in this case). Further, the determination of whether an issue was decided at the first trial will be a factual issue at the second trial in each case. In my view, these propositions should be affirmed as correct statements of the law. Moreover, it should follow from these propositions that the Crown is permitted (absent the operation of the other rules of evidence) to lead evidence relating to issues litigated in an earlier proceeding: (1) if the issue was not decided in the accused's favour in the earlier proceeding; and (2) if the issue was decided in the earlier proceeding, but the Crown is not seeking to use the evidence to contradict the factual finding on that issue at the previous trial.

[27] On the issue of whether issue estoppel should operate retrospectively, I note that *Grdic* was clearly concerned with the relitigation of an issue that had, in a *previous* proceeding, been resolved in the accused's favour. This accords with the principle of issue estoppel, which has always been concerned with the relitigation of previously concluded issues. Neither Lamer J. nor Wilson J. suggested issue estoppel should operate retrospectively to result in evidence being redacted from the record on a prior trial. The concern for finality, one of the principles which underlies the doctrine of issue estoppel, is inconsistent with retroactive application of issue estoppel.

[28] On the issue of whether issue estoppel should extend to matters resolved on the basis of reasonable doubt, the majority reasons of Lamer J. in *Grdic* are sound and should be retained.

[29] First, to exclude issues resolved on the basis of reasonable doubt from the scope of issue estoppel gives insufficient weight to the principle that an accused should not be required to answer twice to the same allegations. Once a trial judge has

question déjà tranchée ne s'applique qu'à l'égard de conclusions formulées lors d'un procès antérieur (comme l'a affirmé le juge d'appel Blair en l'espèce). En outre, la question de savoir s'il y a eu décision sur une question lors du premier procès constitue chaque fois une question de fait dans le procès subséquent. À mon avis, il faut confirmer la justesse de ces énoncés du droit. Il devrait en outre s'ensuivre que le ministère public est autorisé (sous réserve de l'application d'autres règles de preuve) à présenter des éléments de preuve se rapportant à une question en cause dans l'instance antérieure : (1) si la question n'a pas été tranchée en faveur de l'accusé dans cette instance ou (2) s'il y a eu décision sur la question dans l'instance antérieure sans que le ministère public cherche, par cette preuve, à contredire la conclusion de fait formulée sur cette question dans l'instance antérieure.

[27] S'agissant de déterminer si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut avoir un effet rétrospectif, je relève que l'arrêt *Grdic* portait clairement sur la remise en cause d'une question qui, lors d'une instance *antérieure*, avait fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé et qu'en cela, il allait dans le sens de cette doctrine, qui a toujours porté sur la remise en cause de questions antérieurement résolues. Ni le juge Lamer ni le juge Wilson n'ont laissé entendre que cette préclusion pourrait, rétrospectivement, entraîner le retrait d'éléments de preuve du dossier de l'instance antérieure. L'application rétroactive de la préclusion est incompatible avec l'un des principes fondamentaux de cette doctrine, le principe du caractère définitif des décisions.

[28] Sur la question de savoir si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée doit englober les questions résolues par opération du doute raisonnable, les motifs majoritaires du juge Lamer dans *Grdic* sont bien fondés et doivent être maintenus.

[29] Premièrement, exclure les questions résolues par opération du doute raisonnable de la portée de la préclusion découlant de questions déjà tranchées ne confère pas assez d'importance au principe voulant qu'un accusé n'ait pas à se défendre deux fois

concluded that the Crown has failed to prove a factual issue, the matter is decided against the Crown, and the Crown should be estopped from relitigating it. It should not matter whether the Crown failed to prove the fact because the trial judge had a reasonable doubt, or because the trial judge expressly found against the fact the Crown is trying to prove. The burden on the Crown to prove its case beyond a reasonable doubt is a fundamental aspect of our criminal justice system. The Crown should not be able to look to the standard of proof as an excuse to relitigate matters.

[30] Second, to exclude issues resolved on the basis of a reasonable doubt from the scope of issue estoppel gives insufficient weight to the value of finality in litigation. Trial judges, charged with the duty of determining whether the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt, frequently state their findings in terms of having a reasonable doubt about an issue. If having a reasonable doubt on a particular issue is not held to be a conclusive finding of fact, then very few issues will fall within issue estoppel's ambit, and the ends of finality will be poorly served.

[31] I conclude that, properly understood, issue estoppel in Canadian criminal law operates to prevent the Crown from relitigating an issue that has been determined in the accused's favour in a prior criminal proceeding, whether on the basis of a positive finding or reasonable doubt.

[32] Subsequent cases, however, have read the principle of issue estoppel more broadly. This overbroad reading is the primary source of the difficulties that currently attend the rule.

[33] The most significant extensions of the traditional rule of issue estoppel are first, the view that it operates to bar the Crown from leading evidence

des mêmes allégations. Lorsqu'un juge du procès a déterminé que le ministère public n'a pas prouvé un fait, il rend une décision défavorable au ministère public, et celui-ci ne devrait pas être admis à remettre la question en cause. Il est sans importance que le ministère public n'ait pas réussi à établir le fait parce que le juge du procès avait un doute raisonnable ou parce qu'il a écarté expressément le fait que le ministère public tentait de prouver. L'obligation du ministère public de prouver ses allégations hors de tout doute raisonnable est un aspect fondamental de notre système de justice criminelle. Le ministère public ne devrait pas pouvoir invoquer la norme de preuve pour justifier des remises en cause.

[30] Deuxièmement, exclure les questions résolues par opération du doute raisonnable de la portée de la préclusion découlant de questions déjà tranchées ne confère pas assez d'importance au principe du caractère définitif des décisions. Souvent, les juges appelés à déterminer si le ministère public a prouvé ses allégations hors de tout doute raisonnable expriment leurs conclusions en disant qu'il subsiste un doute raisonnable sur une question. Si un doute raisonnable sur une question particulière n'est pas considéré comme une conclusion de fait définitive, très peu de questions donneront ouverture à la préclusion découlant de questions déjà tranchées et les fins du principe du caractère définitif des jugements seront mal servies.

[31] Je conclus que si elle est bien interprétée, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a pour effet, en droit pénal canadien, d'empêcher le ministère public de remettre en cause une question ayant fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé lors d'une instance criminelle antérieure, que la décision repose sur une conclusion positive ou sur un doute raisonnable.

[32] Toutefois, la jurisprudence subséquente a donné à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée une interprétation plus large, à laquelle sont principalement attribuables les difficultés que pose maintenant l'application de la règle.

[33] Les extensions les plus importantes apportées à la règle traditionnelle de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont, premièrement, la

on *any* issue raised in a prior trial which resulted in an acquittal; and second, the view that it can operate retrospectively to bar or require the redaction of evidence from a first trial, where there is an acquittal on a subsequent charge involving evidence led at the first trial, as is argued in this appeal: *R. v. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268 (Ont. C.A.); *R. v. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xviii; *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (Ont. C.A.). As to the first issue, as is discussed above at paras. 18-26, issue estoppel does *not* mean that every piece of evidence led in a first trial which leads to an acquittal is inadmissible in a subsequent trial on another matter. Only issues that were either necessarily resolved in favour of the accused as part of the acquittal, or on which findings were made (even if on the basis of reasonable doubt) are estopped. This would usually include the central issue in the case if it is a one-issue case, or particular issues in a multi-issue case, *if* the court at the second trial can discern from reviewing the transcript that a finding was made on a particular issue, even if on the basis of reasonable doubt.

[34] As to the second issue, issue estoppel should not be understood to operate retrospectively. Nowhere in *Grdic* does Lamer J. suggest that acquittal in a subsequent trial would require a retrospective review of previous trials to determine if evidence led by the Crown in the second trial which resulted in an acquittal had been led in the first trial. Nor does he suggest that if such evidence had been led, it would be deemed retrospectively to have been improperly received, requiring a new trial.

conception qu'elle a pour effet d'empêcher le ministère public de présenter une preuve sur *toute* question soulevée dans un procès antérieur ayant donné lieu à un acquittement et, deuxièmement, la conception qu'elle peut avoir une portée rétrospective et rendre inadmissibles des éléments de preuve présentés dans un procès antérieur ou nécessiter leur retrait du dossier, lorsqu'un acquittement est prononcé dans un procès subséquent où sont présentés des éléments de preuve qui avaient été soumis lors de l'instance antérieure, comme on le prétend en l'espèce : *R. c. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268 (C.A. Ont.); *R. c. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465 (C.A. Ont.), autorisation d'appel refusée, [2000] 1 R.C.S. xviii; *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (C.A. Ont.). Pour ce qui est de la première extension, comme je l'ai indiqué aux par. 18 à 26, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée *ne* signifie *pas* que chaque élément de preuve soumis dans un procès aboutissant à un acquittement est inadmissible dans un procès subséquent portant sur autre chose. Seules sont frappées de préclusion les questions qui ont nécessairement dû être résolues en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement ou qui ont donné lieu à des conclusions (même sur le fondement du doute raisonnable). Cela comprend habituellement la question centrale du procès lorsqu'il n'y en a qu'une ou des questions particulières lorsque le procès soulevait plusieurs questions, *si* le tribunal dans le deuxième procès est en mesure, à l'examen de la transcription, de constater l'existence d'une conclusion formulée à l'égard d'une question particulière, même sur le fondement d'un doute raisonnable.

[34] En ce qui concerne la seconde extension, il ne faut pas conférer une application rétrospective à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Nulle part dans l'arrêt *Grdic* le juge Lamer n'indique qu'un verdict d'acquittement rendu dans un procès subséquent entraîne le réexamen rétrospectif de procès antérieurs afin de déterminer si le ministère public a présenté dans un procès aboutissant à l'acquittement des éléments de preuve qui avaient été soumis lors du procès précédent. Il n'indique pas non plus que, dans un tel cas, ces éléments seraient rétrospectivement réputés avoir été admis irrégulièrement en preuve et qu'il faudrait ordonner un nouveau procès.

[35] Having defined the proper scope of the principle of issue estoppel, I turn to the arguments advanced by proponents of the abolition of issue estoppel in criminal cases.

B. *Is the Principle of Issue Estoppel Necessary to the Criminal Law?*

[36] The first argument by proponents of eliminating issue estoppel from criminal law is that issue estoppel is not necessary, because other doctrines sufficiently address the concerns behind issue estoppel.

[37] Taking the principle of issue estoppel as a principle against relitigation of concluded issues, as advocated in these reasons, the question is whether, on the trial of an accused for an offence, the Crown can lead evidence capable of contradicting facts previously found in the accused's favour at an earlier trial. In my view, the principle prohibiting such relitigation remains essential to a fair, effective and respected criminal justice system.

[38] Like most principles of criminal law that have been repeatedly endorsed by the Court, issue estoppel has been sustained over the years because, whatever its problems, it serves the ends of justice. Issue estoppel serves three purposes, all integral to a fair criminal justice system: (1) fairness to the accused who should not be called upon to answer questions already determined in his or her favour; (2) the integrity and coherence of the criminal law; and (3) the institutional values of judicial finality and economy. While these three purposes have strong counterparts in the civil law context, they take on particular nuances in the criminal sphere. With that in mind, I will consider each in turn.

[39] In my view, it is clear that fairness to the accused requires that an accused should not be

[35] Ayant circonscrit la portée véritable de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, j'aborde les arguments soumis par les tenants de l'abolition de cette préclusion en droit pénal.

B. *Le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est-il nécessaire en droit pénal?*

[36] Ceux qui proposent l'élimination, en droit pénal, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée invoquent d'abord son inutilité, en soutenant que d'autres doctrines sont suffisantes pour résoudre les problèmes que la préclusion permet de résoudre.

[37] Si l'on tient pour acquis, comme je le préconise ici, que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée établit le principe de la non-remise en cause de questions résolues, il faut se demander si le ministère public peut, dans le procès d'un accusé, soumettre une preuve susceptible de contredire des faits sur lesquels il y a eu conclusion favorable à l'accusé lors d'un procès antérieur. À mon avis, le principe qui interdit une telle remise en cause demeure essentiel pour l'équité, l'efficacité et l'honorabilité d'un système de justice criminelle.

[38] Comme la plupart des principes de droit pénal qui ont à maintes reprises reçu l'approbation de notre Cour, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été maintenue au cours des ans parce que, quels que puissent être les difficultés qu'elle suscite, elle sert les fins de la justice. Elle poursuit trois objectifs, tous indispensables à l'équité du système de justice criminelle : (1) l'équité envers l'accusé, qui ne doit pas avoir à répondre à des questions déjà tranchées en sa faveur, (2) l'intégrité et la cohérence du droit pénal et (3) les valeurs institutionnelles que sont le caractère définitif des jugements et l'économie des ressources judiciaires. Ces objectifs, qui sont aussi fortement ancrés dans le contexte du droit civil, revêtent en droit pénal des aspects particuliers. Je les examinerai tour à tour en gardant cela à l'esprit.

[39] Il est clair, à mon sens, que l'équité envers l'accusé exige que ce dernier n'ait pas à répondre à

called upon to answer allegations of law or fact already resolved in his or her favour by a judicial determination on the merits. This is the most compelling rationale for retaining issue estoppel in criminal law, as it goes to the core tenets of our criminal justice system. The state has the right to charge an accused and to prove the facts at a trial of the charge. If a judge or jury conclusively decides a fact in favour of the accused, including via a finding of a reasonable doubt on an issue, then the accused should not be required in a subsequent proceeding to answer the same allegation. To require, in effect, a second defence of the issue would be to violate the fundamental function of *res judicata*.

[40] Other rules of criminal law do not completely meet the fairness concern of not requiring the accused to answer factual and legal issues (short of the ultimate verdict) that have been resolved in his or her favour in a previous proceeding.

[41] The plea of *autrefois acquit* applies only to the final verdict, not to specific, underlying elements of the Crown's case.

[42] The remedy of abuse of process may or may not provide protection against relitigation of a particular issue. Abuse of process is a broad, somewhat vague concept, that varies with the eye of the beholder. Traditionally, it has been reserved for obviously egregious abuses of the Crown power, and this Court has said that successful reliance upon the doctrine will be extremely rare — only in “a process tainted to such a degree that it amounts to one of the clearest of cases”: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at para. 120. To date, the doctrine has not been much used to protect against relitigation, and indeed there is authority for the proposition that relitigation, without more, simply does not reach the threshold required for a finding of abuse of process: *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.), at pp. 1492-93. To protect parties from relitigation,

des allégations de droit ou de fait déjà résolues en sa faveur dans une décision judiciaire au fond. Il s'agit là de la justification la plus impérieuse du maintien, dans le droit pénal, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée puisqu'elle concerne un précepte essentiel de notre système de justice pénale. L'État a le droit de porter des accusations et d'apporter la preuve des faits à l'instruction du procès. Si un juge ou un jury rend une décision définitive en faveur de l'accusé sur un fait, notamment une décision fondée sur un doute raisonnable, l'accusé ne devrait pas avoir à répondre à la même allégation dans une instance subséquente. Ce serait faire violence à la fonction fondamentale du principe de la chose jugée que d'exiger de l'accusé qu'il se défende à nouveau contre l'allégation.

[40] D'autres règles du droit pénal ne correspondent pas complètement à l'objectif d'équité qui écarte l'obligation, pour l'accusé, de répondre à des questions de fait et de droit (autres que le verdict final) tranchées en sa faveur dans une instance antérieure.

[41] Le moyen de défense d'autrefois acquit ne s'applique qu'au verdict final, non à des éléments particuliers sous-jacents à la preuve du ministère public.

[42] Le recours à l'abus de procédures peut offrir ou ne pas offrir une protection contre la remise en cause d'une question particulière. L'abus de procédure reste une vaste notion, plutôt vague, qui varie d'une personne à l'autre. Historiquement, elle ne s'est appliquée qu'aux manifestations les plus flagrantes d'abus du pouvoir du ministère public, et notre Cour a précisé qu'elle ne pourrait être invoquée avec succès que dans de très rares cas — uniquement « lorsque la situation est à ce point viciée qu'elle constitue l'un des cas les plus manifestes » : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, par. 120. À ce jour, ce recours n'a pas été beaucoup utilisé contre les remises en cause; d'ailleurs, des sources permettent d'affirmer que la remise en cause, sans plus, ne suffit tout simplement pas pour justifier une conclusion d'abus de procédures : *Bradford & Bingley Building Society c. Seddon*,

abuse of process would need to be cast in a less discretionary form than it now takes. Therefore, considering the high threshold for proof and the unpredictability of its operation, it is unlikely that the doctrine of abuse of process adequately achieves the fairness goal that underlies the doctrine of issue estoppel.

[43] The rules of evidence restricting character evidence and evidence of similar facts are also unlikely to fully achieve the fairness goal that underlies the doctrine of issue estoppel. In the first place, they cover a limited number of the determinations on factual and legal issues that are covered by issue estoppel. Character is clearly only one of many factual matters that may fall to be proved in support of a charge. It is also problematic that an issue decided in a prior trial may not be similar in the sense of the similar fact rule, which focuses on a pattern of criminal conduct going to the essence of the criminal act alleged. Discrete factual issues, such as the issue of identity in *Grdic*, may not fit within the similar fact rule.

[44] The rules of evidence restricting character and similar fact evidence, moreover, are highly discretionary. While the burden is on the Crown to prove admissibility, as a tactical matter, an accused will feel a burden to make some case for why the evidence should not be admitted. The admissibility of similar fact evidence, for example, depends on balancing the probative value of the evidence against the prejudice it may cause to the accused. The accused, to keep the evidence out, would normally attempt to cast doubt on its probative value or show unfair prejudice. Despite the burden being on the Crown, therefore, the accused is in effect called upon to make a case against evidence on a factual issue that has already been resolved in his or her

[1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.), p. 1492-1493. Pour offrir une protection contre la remise en cause, les règles relatives à l'abus de procédures devraient revêtir une forme moins discrétionnaire qu'à présent. Compte tenu de ses exigences de preuve élevées et de l'imprévisibilité de son application, il est donc peu probable que la doctrine de l'abus de procédure puisse permettre la réalisation de l'objectif d'équité sur lequel repose la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[43] Étant donné les restrictions qu'elles prévoient, il est également peu probable que les règles régissant la preuve de moralité et la preuve de faits similaires permettent l'entière réalisation de l'objectif d'équité qui sous-tend la doctrine de la préclusion. D'abord, ces règles ne s'appliquent qu'à un nombre limité de décisions relatives à des questions de fait ou de droit susceptibles de donner ouverture à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. À l'évidence, la moralité n'est qu'une des nombreuses questions de fait que le ministère public peut avoir à prouver à l'appui d'une accusation. Il y aura également un problème si une question tranchée lors d'un procès antérieur n'est pas similaire au sens des règles régissant la preuve de faits similaires — qui mettent l'accent sur des habitudes criminelles se rapportant à l'essence de l'acte criminel allégué. Les questions de fait distinctes, comme celle de l'identité dans *Grdic*, peuvent ne pas cadrer avec les règles régissant la preuve de faits similaires.

[44] En outre, les règles de preuve applicables à la preuve de moralité et à la preuve de faits similaires sont assujetties à des restrictions très discrétionnaires. Bien qu'il incombe au ministère public de démontrer l'admissibilité d'un élément de preuve, il se peut qu'au plan stratégique, l'accusé se sente tenu d'en plaider l'inadmissibilité par quelque moyen. La preuve de faits similaires, par exemple, n'est admise que si sa valeur probante s'avère plus importante que le préjudice qu'elle peut causer à l'accusé. Pour faire échec à cette preuve, l'accusé doit habituellement tenter de soulever un doute sur sa valeur probante ou démontrer qu'elle lui causera un préjudice inéquitable. En conséquence, bien que la charge de la preuve repose sur le ministère

favour. The complete protection offered by issue estoppel against having to relitigate factual issues already resolved in the accused's favour is lacking.

[45] The second goal served by issue estoppel is the integrity and coherence of the criminal process. Inconsistent verdicts are guarded against by the *res judicata* doctrines of *autrefois convict* and *autrefois acquit*. However, the criminal law abhors not only inconsistent verdicts, but inconsistent findings on specific issues. Inconsistent findings raise concerns about the fairness of the ultimate verdict and the integrity and coherence of the justice system as a whole. *Autrefois acquit* and the rules restricting similar fact evidence cannot guard against inconsistent findings with the same certainty, rigour and scope as does issue estoppel.

[46] The third goal served by issue estoppel is preservation of the related institutional values of judicial finality and economy. Judicial finality and economy are essential to preserving confidence in the justice system. Criminal proceedings should not go on longer than necessary. Once factual issues are determined one way or the other, they should be deemed finally determined, subject to appeal. Relitigation should not be permitted. This rule is consistent with the Crown's duty to be diligent in garnering evidence and pursuing its case; the Crown will be encouraged in its duty by the knowledge that it will not be permitted a second chance.

[47] I conclude that issue estoppel serves important goals in the criminal process — goals that are not fully achieved by other doctrines and rules of evidence. Issue estoppel remains a useful and, indeed, necessary part of our criminal law system.

public, l'accusé est obligé, dans les faits, de réfuter un élément de preuve relatif à une question de fait qui a déjà été résolue en sa faveur. L'accusé n'a plus la protection complète que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée lui assure contre la remise en cause de questions de fait ayant fait l'objet de décisions qui lui sont favorables.

[45] Le deuxième objectif de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est l'intégrité et la cohérence du processus pénal. Les moyens de défense d'autrefois convict et d'autrefois acquit relevant du principe de la chose jugée offrent une protection contre les verdicts incompatibles. Toutefois, le droit pénal a horreur non seulement des verdicts incompatibles mais également des conclusions contradictoires sur des questions particulières. Les conclusions contradictoires font douter de l'équité du verdict final et de l'intégrité et de la cohérence du système de justice dans son ensemble. Le moyen de défense d'autrefois acquit et les règles restreignant la preuve de faits similaires n'offrent pas, à l'égard des conclusions contradictoires, une protection aussi certaine, solide et étendue que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[46] Le troisième objectif de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est la préservation des valeurs institutionnelles connexes que sont le caractère définitif des décisions et l'économie des ressources judiciaires. Ces valeurs sont essentielles au maintien de la confiance envers le système de justice. Les instances criminelles ne devraient pas se poursuivre indûment. Dès que les questions factuelles ont été résolues, elles doivent être considérées comme définitivement réglées, sous réserve d'un appel. La remise en cause ne doit pas être permise. Cette règle s'accorde avec l'obligation du ministère public de faire diligence pour recueillir et présenter sa preuve, une obligation dont il s'acquittera d'autant mieux qu'il saura qu'il n'y aura pas de seconde chance.

[47] J'estime que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sert d'importantes fins dans le processus pénal, des fins dont d'autres doctrines et règles de preuve ne permettent pas la réalisation intégrale. Cette préclusion demeure un instrument

A simple, clear rule is required to prevent issues established in one criminal proceeding from being relitigated in a subsequent proceeding. All would agree that an accused should not be required to defend himself against the same allegations twice; that inconsistent findings on matters of fact are abhorrent to the criminal law; and that finality and economy are important institutional values in the administration of justice. Adequate protection of these goals requires, at a minimum, a rule that issues determined in one criminal trial cannot be relitigated in a subsequent criminal trial.

C. *Coherence With Basic Tenets of Criminal Law*

[48] The second argument raised against issue estoppel is that it does not fit well with the fundamental criminal law concepts.

[49] The requirements of issue estoppel, whether in civil or criminal law, are: (i) that the same question has been decided; (ii) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and (iii) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies: *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at p. 254, *per* Dickson J. (as he then was), adopting a statement by Lord Guest in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd.*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), at p. 935.

[50] My colleague Charron J. argues that none of the three requirements of issue estoppel fit well in the criminal law context. It follows, she suggests, that the concept has no place in criminal law and should be abandoned.

[51] The “lack of fit” identified by my colleague may result more from the breadth that Canadian law post-*Grdic* has conferred on the concept of

utile et, certes, nécessaire dans notre système de droit pénal. Il faut une règle simple et claire interdisant de remettre en cause, dans une instance criminelle, une question qui a été réglée antérieurement. Tous s'accordent pour dire qu'un accusé ne doit pas avoir à se défendre deux fois contre la même allégation, que le droit pénal a horreur des conclusions contradictoires sur des questions de fait et que le caractère définitif des décisions et l'économie des ressources judiciaires constituent des valeurs institutionnelles importantes dans l'administration de la justice. Pour protéger adéquatement ces valeurs, il faut à tout le moins une règle interdisant la remise en cause dans un procès criminel de questions réglées dans une instance criminelle antérieure.

C. *Harmonie avec les principes fondamentaux du droit pénal*

[48] Le deuxième argument invoqué à l'encontre de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est qu'elle ne cadre pas bien avec les notions fondamentales de droit pénal.

[49] Les exigences applicables à cette préclusion, en matière civile ou criminelle, sont les suivantes : (i) que la même question ait été décidée; (ii) que la décision judiciaire invoquée comme créant la préclusion soit finale; et (iii) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la préclusion est soulevée, ou leurs ayants droit : *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, p. 254, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), reprenant un énoncé de lord Guest dans *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd.*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), p. 935.

[50] Ma collègue la juge Charron affirme qu'aucune de ces trois exigences n'est adaptée au contexte du droit pénal et qu'en conséquence, le concept n'a pas sa place en droit pénal et devrait être abandonné.

[51] Il se peut que cette « inadéquation » dont parle ma collègue résulte davantage de la portée que ce concept a acquise en droit canadien après

issue estoppel than from the concept itself. I would argue that, if issue estoppel is understood simply as a rule preventing relitigation of decided issues, it works well within the criminal law context.

[52] The first requirement for a claim of issue estoppel is that the issue has been decided in a prior proceeding. This requires the court in the second trial to decide whether the issue the Crown is seeking to prove is the same as an issue resolved in the accused's favour in a prior criminal proceeding. The onus of establishing this is on the accused who seeks to bar proof of the issue alleged to have already been resolved. To establish this, the accused must show that the question was or must necessarily have been resolved on the merits in the accused's favour in the earlier proceeding. It is not enough to show that the evidence was led in the earlier proceeding and an acquittal entered. It must be a necessary inference from the trial judge's findings or from the fact of the acquittal that the issue was in fact resolved in the accused's favour. This approach is consistent with how the requirement is applied in civil cases. It should be remembered that we are not dealing with *res judicata* which focuses on the fact of acquittal, but on issue estoppel — whether a particular *issue* has already been resolved in favour of the accused.

[53] This narrow compass does not render issue estoppel useless. Most criminal trials are held before judges alone. Judges are required to give reasons showing how they arrived at their verdict. This involves making findings on critical issues. Issue estoppel means that these findings must be accepted and cannot be relitigated in a subsequent trial, unless set aside on appeal. Where the first proceeding was before a jury which renders a verdict of acquittal, it may be more difficult to determine whether a particular issue was resolved in favour of the accused. The question is whether a finding in favour of the accused is logically necessary to the verdict of acquittal — a question to be

l'arrêt *Grdic* que du concept lui-même. Selon moi, si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est simplement interprétée comme une règle empêchant la remise en cause de questions réglées, elle s'intègre bien au droit pénal.

[52] Pour que cette préclusion puisse être invoquée, il faut d'abord que la question ait été tranchée dans une instance antérieure. Le tribunal instruisant le deuxième procès doit déterminer si la question à l'égard de laquelle le ministère public veut présenter une preuve est identique à celle qui avait donné lieu à une décision favorable à l'accusé dans l'instance criminelle antérieure. C'est à l'accusé qui cherche à empêcher la présentation de cette preuve qu'il incombe de démontrer que la question aurait déjà été réglée. Pour ce faire l'accusé doit démontrer que la question a été ou doit nécessairement avoir été réglée au fond en sa faveur dans l'instance antérieure. Il ne suffit pas d'établir que la preuve a été soumise dans l'instance antérieure et qu'un acquittement a été prononcé. Les conclusions du juge du procès ou l'acquittement doivent nécessairement impliquer que la question a bien été tranchée en faveur de l'accusé. Cette approche correspond à l'application de cette exigence en matière civile. Il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit pas ici du principe de la chose jugée — qui met l'accent sur le fait qu'il y a eu acquittement — mais de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, qui pose la question de savoir si une *question* particulière a déjà été résolue en faveur de l'accusé.

[53] L'étroitesse de son champ d'application ne rend pas cette préclusion inutile. La plupart des procès criminels sont instruits par des juges seuls, qui doivent fournir des motifs indiquant la démarche suivie pour arriver au verdict. Ils doivent donc formuler des conclusions au sujet des questions fondamentales. La préclusion découlant d'une question déjà tranchée a pour effet d'imposer la reconnaissance de ces conclusions et d'empêcher leur remise en cause dans un procès subséquent, à moins qu'elles ne soient infirmées en appel. Si le procès antérieur s'est tenu devant un jury qui a un verdict d'acquittement, il peut être plus difficile de déterminer si une question particulière a été résolue

determined with reference to the essential elements of the verdict.

[54] In jury trials, it may be harder to rely on issue estoppel, because in some cases it will be harder for the accused at the subsequent trial to establish what issues were decided in his or her favour at the first trial. As noted above, the determination of whether a fact was decided at the first trial will be a factual issue at the second trial in each case. In a one-issue trial, it may be easier to find an issue estoppel on the central issue at trial. In a multi-issue trial, it may be more difficult. But that does not mean that issue estoppel should be removed from the criminal law. On a civil trial by jury, it may similarly be difficult to determine whether the jury resolved a particular issue in favour of the party asserting issue estoppel. But we do not infer from the practical difficulty of proof that the doctrine should be removed from the civil law.

[55] The second requirement of issue estoppel is that the judicial decision which is said to create the estoppel be final. Findings on particular issues at trial are final, unless overturned on appeal. This applies equally in civil trials and criminal proceedings. There is no concern on this count with “lack of fit” with criminal law principles.

[56] The third requirement of issue estoppel is mutuality — that the parties to the two proceedings at issue are the same. Where issue estoppel is raised by the accused against the Crown, it is in complete harmony with other criminal law principles. If the second trial is a criminal proceeding, the parties are always the same — the Crown and the

en faveur de l'accusé. Il faut alors se demander si le verdict d'acquiescement suppose logiquement l'existence d'une conclusion favorable à l'accusé, et la réponse doit tenir compte des éléments essentiels du verdict.

[54] Il se peut que les procès par jury compliquent le recours à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, parce que dans certains cas, il sera plus ardu pour l'accusé, lors du procès subséquent, d'établir les questions qui ont été tranchées en sa faveur lors du procès antérieur. Comme je l'ai indiqué, la question de savoir s'il a été statué sur une question au procès antérieur constitue chaque fois une question de fait dans le procès subséquent. Lorsque le procès ne soulève qu'une question, il peut être plus facile de conclure à la préclusion à l'égard de la question fondamentale du procès, mais cette conclusion est plus difficile à tirer lorsque plusieurs questions sont en cause. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille écarter du droit pénal la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il peut également être difficile, dans un procès civil par jury, de déterminer si le jury a résolu une question particulière en faveur de la partie invoquant la préclusion. Mais cette difficulté pratique de preuve ne nous permet pas de conclure qu'il faut supprimer cette doctrine du droit civil.

[55] La deuxième exigence applicable à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée porte sur le caractère définitif de la décision judiciaire invoquée comme source de la préclusion. Les conclusions formulées à l'égard de questions particulières dans un procès sont définitives à moins qu'elles ne soient infirmées en appel. Ce principe vaut autant pour les instances civiles que pour les instances criminelles. À cet égard, il n'y a pas à craindre d'« inadéquation » avec les principes du droit pénal.

[56] La troisième exigence est celle de la réciprocité, et elle suppose que les parties aux deux instances soient les mêmes. Lorsque l'accusé invoque la préclusion à l'encontre du ministère public, l'harmonie avec les principes du droit pénal est entière. Si la seconde instance est un procès criminel, les parties sont toujours les mêmes — le

particular accused person. Allowing the accused to claim issue estoppel as to matters resolved in the accused's favour at the first trial poses no problems. If the second trial is not a criminal proceeding but an administrative proceeding, mutuality will not be met and the accused will not be able to raise a prior finding in his favour by way of issue estoppel: *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63. The same would appear to apply at a subsequent tort trial based on the same events as a prior criminal trial where the accused was convicted. None of these results distort or strain the criminal law.

[57] Mutuality, at its most basic level, simply means that the parties in the two proceedings must be the same: see *C.U.P.E.*; H. Stewart, "Issue Estoppel and Similar Facts" (2008), 53 *Crim. L.Q.* 382, at p. 383. It has sometimes been understood, however, in the broader sense of requiring that the principle of issue estoppel apply to both parties in identical fashion. In this sense, mutuality has never been part of Canadian criminal law, which recognizes that the presumption of innocence and the requirement that the Crown must prove every element of its case beyond a reasonable doubt trump issue estoppel. Where the Crown seeks to estop an accused from contesting this innocence based on decisions against the accused in prior criminal proceedings, the claim for estoppel will fail. To permit the Crown to rely on issue estoppel in these circumstances would offend the presumption of innocence and the requirement that the Crown in a criminal proceeding bears the burden of proving its case beyond a reasonable doubt.

[58] Canadian law has met the conflict that can occasionally arise between criminal law principles of presumed innocence and the Crown's burden on the one hand, and the general rule that issue estoppel applies in the same way to both parties on the other, by concluding that in cases of conflict, the

ministère public et l'accusé en cause. Permettre à l'accusé de soutenir qu'il y a préclusion à l'égard de questions résolues en sa faveur lors du premier procès ne pose aucun problème. Si, dans le second procès, il s'agit d'une instance administrative et non d'un procès criminel, l'exigence de réciprocité ne sera pas remplie et l'accusé ne pourra invoquer la préclusion pour faire valoir que la question a été tranchée en sa faveur : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63. Il en irait sans doute de même si l'instance subséquente était une poursuite en responsabilité délictuelle fondée sur les mêmes incidents qu'un procès criminel antérieur ayant abouti à une déclaration de culpabilité. Aucun de ces résultats ne fausse le droit pénal ou n'y fait violence.

[57] À son niveau le plus élémentaire, la réciprocité signifie simplement que les parties aux deux instances doivent être les mêmes : voir *S.C.F.P.*; H. Stewart, « Issue Estoppel and Similar Facts » (2008), 53 *Crim. L.Q.* 382, p. 383. Toutefois, la notion a parfois été interprétée dans le sens plus large d'exigence que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique de façon identique aux deux parties. En ce sens, la réciprocité n'a jamais fait partie du droit pénal canadien, lequel reconnaît que cette préclusion doit céder le pas à la présomption d'innocence et à l'obligation du ministère public de prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable. Le ministère public ne sera pas admis à opposer à un accusé cherchant à se prévaloir de cette présomption la préclusion découlant de décisions défavorables à l'accusé rendues dans une instance criminelle antérieure. Permettre au ministère public d'invoquer la préclusion dans de telles circonstances irait à l'encontre de la présomption d'innocence et de l'obligation faite au ministère public de soumettre en matière criminelle une preuve hors de tout doute raisonnable de la culpabilité.

[58] En droit canadien, le conflit qui peut parfois opposer les principes du droit pénal établissant la présomption d'innocence et la charge de preuve du ministère public, d'une part, et la règle générale selon laquelle la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique de la même façon aux

general criminal law principles prevail: *Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555 (holding that the Crown is not estopped from seeking to admit a statement that was ruled inadmissible on a *voir dire* relating to an earlier trial). In England, the same difficulty has been resolved by stating that issue estoppel has no place in English criminal law: *R. v. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339 (H.L.), at p. 349, *per* Viscount Dilhorne. The more circumscribed Canadian response seems entirely adequate and in my view does not support the conclusion that issue estoppel must be entirely excised from the criminal law.

[59] I conclude that issue estoppel, with the minor modification just discussed, fits well within the criminal context. Far from conflicting with criminal law principles, it supports concerns fundamental to the criminal law — fairness to the accused, integrity and coherence of the criminal process, and finality.

D. *Problems Associated With Applying Issue Estoppel in the Criminal Law*

[60] I now turn to the third argument raised against issue estoppel, that there are practical problems in its application which make it unworkable in criminal law.

[61] If issue estoppel is understood simply as preventing relitigation of issues resolved in the accused's favour on a prior trial, the problems associated with applying issue estoppel in the criminal context largely disappear. As discussed above, no insurmountable difficulties of principle arise. The remaining concern is that, in practice, applying issue estoppel in criminal cases may lead to inconsistencies and anomalies.

[62] One apparent anomaly involves what has become known as the *Ollis* exception (*R. v. Ollis*,

deux parties, d'autre part, se résout en faisant prévaloir les principes généraux de droit pénal : *Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555 (statuant que le ministère public n'est pas préclus de présenter en preuve une déclaration qui avait été jugée inadmissible lors d'un voir-dire se rapportant à un procès antérieur). En Angleterre, on a résolu cette même difficulté en déclarant que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'a pas sa place en droit pénal anglais : *R. c. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339 (H.L.), p. 349, le vicomte Dilhorne. La solution plus circonscrite retenue au Canada semble tout à fait adéquate et elle n'étaye pas, à mon avis, la conclusion qu'il faut retirer complètement du droit pénal la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[59] Je suis d'avis qu'avec la légère modification que nous venons d'examiner, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est bien adaptée au contexte criminel. Loin d'entrer en conflit avec les principes du droit pénal, elle va dans le sens de ses objectifs fondamentaux — l'équité envers l'accusé, l'intégrité et la cohérence du processus pénal et le caractère définitif des jugements.

D. *Problèmes d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en droit pénal*

[60] J'aborde maintenant le troisième argument invoqué à l'encontre de cette préclusion, à savoir qu'elle présente des problèmes d'application pratiques qui la rendent inutilisable en droit pénal.

[61] Ces problèmes d'application en droit pénal, toutefois, disparaissent en grande partie si cette préclusion est vue simplement comme une règle interdisant la remise en cause de questions résolues en faveur de l'accusé lors d'un procès antérieur. Comme je l'ai déjà expliqué, elle ne pose aucune difficulté insurmountable au plan des principes. Reste la crainte que son application, dans des affaires criminelles, n'entraîne des contradictions et des anomalies.

[62] Une anomalie apparente se rapporte à l'exception dite de l'arrêt *Ollis* (*R. c. Ollis*, [1900] 2

[1900] 2 Q.B. 758). This anomaly arises where the Crown seeks to lead evidence underlying a previous acquittal to establish the accused's state of mind in relation to a subsequent charge. It has been held in Canada that issue estoppel does not apply in this situation: *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339. At first blush, this appears to create an anomaly.

[63] In *Arp*, Cory J. summarized the holding in *Ollis*, as follows, at para. 78:

... the accused was charged with obtaining money by false pretences. He had obtained funds in exchange for a cheque that was later dishonoured. The accused was acquitted at his first trial on the basis that when he gave the cheque to the complainant, he expected to receive funds to cover it. The accused was later again indicted with obtaining money by false pretences, and at his second trial the Crown adduced the evidence of the first complainant as relevant to the accused's guilty state of mind. The court [for Crown Cases Reserved] held that the evidence was properly admissible.

Cory J. concluded that the evidence of the prior acquittal was properly admitted in *Ollis*. The evidence was relevant to the state of mind of the accused at the time of the second offence, and did not seek to contradict the acquittal at the first trial. As Professor Stewart notes, at pp. 392-93:

On this understanding of *Ollis*, the rationale for admitting the evidence from the first trial was that it showed that when the accused wrote the cheque at issue in the second trial, he knew he would not have the funds to cover it. This rationale does *not* involve challenging the original acquittal; the acquittal, and the reasons for it, can be fully accepted, yet the facts surrounding the original allegation have probative value in the second trial. On this reading, *Ollis* does not involve issue estoppel because it involves accepting, rather than challenging, the outcome of the first proceeding. [Underlining added.]

[64] It might be argued that evidence that was accepted in the first case — that the accused did

Q.B. 758). Elle survient si le ministère public cherche à présenter un élément de preuve sous-jacent à un acquittement antérieur pour établir l'état d'esprit de l'accusé en relation avec une accusation subséquente. Au Canada, on a jugé que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'applique pas dans cette situation : *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339. Au premier coup d'œil, cela semble créer une anomalie.

[63] Dans *Arp*, le juge Cory a résumé ainsi la décision rendue dans *Ollis*, par. 78 :

... l'inculpé était accusé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants. Il avait obtenu des fonds en échange d'un chèque qu'on avait par la suite refusé d'accepter. Au terme du premier procès, l'accusé avait été acquitté pour le motif que, lorsqu'il avait remis le chèque au plaignant, il s'attendait à recevoir des fonds couvrant le chèque. Par la suite, l'accusé a de nouveau été inculpé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants et, au second procès, le ministère public a produit le témoignage du premier plaignant en tant que preuve pertinente à l'égard de l'état d'esprit coupable de l'accusé. La cour a statué que la preuve était admissible.

Le juge Cory a conclu que la preuve de l'acquittement antérieur avait été admise à bon droit dans *Ollis*. L'élément de preuve portait sur l'état d'esprit de l'accusé au moment de la deuxième infraction, et sa présentation ne cherchait pas à contester l'acquittement prononcé à l'issue du premier procès. Comme le fait remarquer le professeur Stewart aux p. 392-393 :

[TRADUCTION] Si l'on interprète l'arrêt *Ollis* de cette façon, l'élément de preuve présenté au premier procès a été admis parce qu'il démontrait que lorsque l'accusé a libellé le chèque en cause au deuxième procès, il savait qu'il n'avait pas les fonds suffisants pour que l'effet soit honoré. Ce raisonnement *n'*implique *pas* de contestation de l'acquittement; le verdict d'acquittement et les motifs le sous-tendant peuvent être entièrement acceptés, mais les faits relatifs à l'allégation initiale peuvent présenter une valeur probante dans le deuxième procès. Interprétée de cette façon, la décision *Ollis* ne fait pas intervenir la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce qu'elle suppose l'acceptation des faits mis en preuve dans l'instance initiale, non leur contestation. [Je souligne.]

[64] Il est possible de soutenir que la preuve qui avait été acceptée au premier procès — que l'accusé

not know he lacked sufficient funds to cover the cheque — and led to an acquittal, was rejected in a second case, leading to a conviction. However, confining issue estoppel to its proper domain of preventing relitigation of issues resolved in favour of the accused in an earlier proceeding, yields a different result. In the first trial, the factual issue of state of mind was resolved in the accused's favour on the basis of his evidence that he thought he had sufficient funds. On the second trial, the evidence was called not to show that the earlier determination was in error, but to show that on the second occasion the accused could not have believed he had sufficient funds to cover the cheque, as he could not have made the same mistake twice. This rationale does not involve challenging the judicial determination in the first trial or in any way rejecting the findings at the first trial as to the accused's state of mind. The original acquittal, and the reasons for it, stand unimpeached. Yet, the facts on which it was based may have relevance in the second trial and can be admitted on that basis, without calling the first finding into question. As Cory J. noted in *Arp*, a careful jury instruction is required in these circumstances (para. 78).

[65] If the Crown is not trying to contradict the factual finding at the first trial, issue estoppel does not apply. The relevant question is whether the Crown is leading evidence which is inconsistent with the factual findings in the first trial (even if those findings were arrived at on the basis of reasonable doubt). A jury charge to this effect, coupled with a caution not to use the evidence underlying the prior acquittal to support reasoning that the accused in fact committed the offence for which he was previously acquitted, suffice to preserve the protections offered by the principle of issue estoppel, without rendering the trial unworkable.

ne savait pas que les fonds étaient insuffisants pour couvrir le chèque — et qui a mené à l'acquittement a été rejetée au deuxième procès, et a entraîné la déclaration de culpabilité. Toutefois, en limitant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à sa fonction propre, à savoir empêcher la remise en cause de questions ayant fait l'objet de décisions favorables à l'accusé dans une instance antérieure, on obtient un résultat différent. Au premier procès, la question factuelle de l'état d'esprit de l'accusé a été résolue en faveur de ce dernier sur le fondement de son témoignage affirmant qu'il pensait avoir des fonds suffisants. Au deuxième procès, la présentation de l'élément de preuve n'avait pas pour but d'établir que la décision antérieure était erronée, mais de démontrer que l'accusé ne pouvait avoir commis deux fois la même erreur et qu'il n'était donc pas possible que, la deuxième fois, il ait cru avoir suffisamment de fonds pour couvrir le chèque. Ce raisonnement ne fait intervenir aucune contestation de la décision judiciaire rendue au premier procès ni ne constitue un rejet de conclusions formulées lors de ce procès au sujet de l'état d'esprit de l'accusé. Le premier acquittement et les raisons le sous-tendant sont maintenus. Toutefois, les faits sur lesquels ils reposent peuvent être pertinents dans le deuxième procès et être admis en preuve pour cette raison sans que la première conclusion soit mise en doute. Comme le juge Cory l'a signalé dans *Arp*, il est alors nécessaire de donner au jury des directives minutieuses (par. 78).

[65] Si le ministère public ne cherche pas à contredire les conclusions de fait du premier procès, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne joue pas. Il faut se demander si le ministère public présente une preuve incompatible avec les conclusions de fait du premier procès (même si elles reposent sur un doute raisonnable). Il suffit, pour préserver la protection offerte par la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sans pour autant que le procès pose des problèmes insurmontables, de donner au jury des directives en ce sens et de le mettre en garde contre l'utilisation de la preuve sous-jacente à l'acquittement pour étayer l'argument que l'accusé a en fait commis l'infraction dont il a été acquitté auparavant.

[66] Another apparent difficulty is the so-called *Arp* anomaly. Issue estoppel holds that where an issue is decided in favour of the accused in a first trial that leads to an acquittal, evidence on that issue cannot be used as similar fact evidence in a subsequent trial. Yet, the similar fact rule permits evidence of similar facts to be called in a multi-count trial. This produces the following anomaly. If the issue on which the Crown seeks to lead similar fact evidence was determined in a previous trial ending in acquittal, it is inadmissible on a second trial. However, if the same fact is relevant to two offences being tried together, it may be admissible. What determines admissibility is not the nature of the evidence, but whether it has been the subject of a previous trial that led to an acquittal. At first glance, this does not seem right, since the evidence's admissibility turns on what will sometimes be arbitrary factors leading to consecutive rather than multi-count trials.

[67] In *Arp*, this Court, *per* Cory J., held that the principle of issue estoppel, as applied to previous acquittals, "has no application where the alleged similar acts are the subject of a multi-count indictment" (para. 79). However, uncertainty remains. Does this mean that the Crown can lead evidence regarding acts which have been the subject of acquittals as similar fact evidence in a subsequent trial? (See L. Stuesser, "Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence" (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488.) Or is the ruling in error, as others have suggested? (See R. Mahoney, "Acquittals as Similar Fact Evidence: Another View" (2003), 47 *Crim. L.Q.* 265; see also K. E. Wright, "Similar Fact Multiple Count Indictments — A Reply" (1994), 32 C.R. (4th) 301 (written before *Arp*)).

[66] Une autre difficulté apparente réside dans la prétendue anomalie de l'arrêt *Arp*. Selon le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, si une question donne lieu à une décision favorable à l'accusé dans un procès aboutissant à un acquittement, la preuve se rapportant à cette question ne peut être utilisée comme preuve de faits similaires dans un procès subséquent. Pourtant les règles régissant la preuve de faits similaires permettent la présentation d'une telle preuve dans un procès portant sur plusieurs chefs d'accusation. Cela entraîne l'anomalie suivante : si la question au sujet de laquelle le ministère public tente de présenter une preuve de faits similaires a été tranchée dans un procès antérieur ayant abouti à un acquittement, la preuve est inadmissible au procès subséquent. Toutefois, si le même fait est pertinent à deux infractions jugées ensemble, la preuve peut en être admise. L'admissibilité ne dépend pas de la nature de la preuve, mais bien de la question de savoir si elle a été présentée lors d'un procès antérieur ayant donné lieu à un acquittement. À première vue, un tel résultat peut paraître contestable puisque l'admissibilité de la preuve dépend de facteurs, parfois arbitraires, faisant en sorte qu'il y aura des procès successifs plutôt qu'un procès sur des chefs d'accusation multiples.

[67] Dans *Arp*, le juge Cory, au nom de cette Cour, a statué que le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, qui s'applique dans les cas d'acquittement antérieur, « ne s'applique pas lorsque les actes similaires allégués font l'objet d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs » (par. 79). Cependant, l'incertitude demeure. Cela signifie-t-il que le ministère public peut, dans un procès subséquent, présenter une preuve de faits similaires se rapportant à des actes à l'égard desquels il y a eu acquittement? (Voir L. Stuesser, « Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence » (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488.) Ou cette décision est-elle erronée, comme d'autres l'ont soutenu? (Voir R. Mahoney, « Acquittals as Similar Fact Evidence : Another View » (2003), 47 *Crim. L.Q.* 265; voir aussi K. E. Wright, « Similar Fact Multiple Count Indictments — A Reply » (1994), 32 C.R. (4th) 301 (antérieur à *Arp*)).

[68] It could be argued that *Arp* is in tension with the issue estoppel, as defined by Lamer J. in *Grdic*, because in a joint trial on multiple counts, the effect of *Arp* may be that the accused does not get the benefit of factual issues on which the jury has a reasonable doubt on one count. Nevertheless, the approach in *Arp* can be justified for three reasons.

[69] First, in the *Arp* situation, the finality concern of issue estoppel does not arise because the two (or more) matters are being tried together. There is no *prior* finding of fact.

[70] Second, the joint trial of multiple counts raises the problem of how to charge the jury if the law were to require that the evidence of one count be proven beyond a reasonable doubt before it could be used as similar fact evidence on another count. The general rule from *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, that individual pieces of evidence need not be proved on the reasonable doubt standard militates against holding (and charging a jury) that the evidence of one count cannot be used as similar fact evidence on another count unless the first count is proved beyond a reasonable doubt. Given the rationales for issue estoppel, the difference in result depending on the order in which charges are tried or whether they are tried together, is defensible in this context. The Court in *Arp* accepted this argument (at paras. 64-79) as the basis for distinguishing the multi-count indictment situation from the acquittal at a prior trial situation.

[71] Third, it has been suggested that the so-called *Arp* anomaly can be resolved with a jury instruction (see Stewart, at p. 396). To satisfy the

[68] Il est possible de soutenir que l'arrêt *Arp* entre en conflit avec la préclusion découlant d'une question déjà tranchée telle que l'a définie le juge Lamer dans *Grdic* parce que, dans un procès conjoint portant sur de multiples chefs d'accusation, *Arp* peut avoir pour effet de priver l'accusé du bénéfice de questions de fait soulevant un doute raisonnable dans l'esprit du jury relativement à un chef d'accusation. La démarche retenue dans *Arp* se justifie néanmoins pour trois raisons.

[69] Premièrement, dans des circonstances comme celles de *Arp*, il n'y a pas lieu de s'inquiéter pour le caractère définitif des jugements auquel répond la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce que les deux questions (ou plus) sont instruites ensemble. Il n'existe aucune conclusion de fait *antérieure*.

[70] Deuxièmement, l'instruction conjointe de plusieurs chefs d'accusation pose le problème des directives à donner au jury si le droit exige que la preuve se rapportant à un chef d'accusation soit établie hors de tout doute raisonnable avant de servir comme preuve de faits similaires à l'égard d'un autre chef. Le principe général formulé dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, selon lequel il n'est pas nécessaire que chaque élément individuel de preuve soit établi hors de tout doute raisonnable, milite contre l'affirmation (et les directives à donner au jury) que la preuve relative à un chef d'accusation ne peut être présentée à titre de preuve de faits similaires à l'égard d'un autre chef à moins d'avoir été établie hors de tout doute raisonnable. Étant donné les raisons d'être de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, le résultat différent obtenu selon l'ordre dans lequel les accusations sont instruites ou selon qu'elles sont ou non instruites en même temps peut se justifier dans ce contexte. Dans *Arp*, notre Cour a retenu cet argument (aux par. 64 à 79) pour fonder la distinction entre la situation où il y a procès sur des chefs d'accusation multiples et celle de l'acquiescement prononcé à un procès antérieur.

[71] Troisièmement, on a fait valoir qu'une directive au jury pouvait remédier à la prétendue anomalie de l'arrêt *Arp* (voir Stewart, p. 396). Pour

principle of issue estoppel where one trial follows another, what must be avoided at the second proceeding is reliance on issues that have earlier been resolved in the accused's favour. It follows that in a trial with multiple counts of similar allegations, what must be avoided is a situation where the trier of fact rejects the evidence led on one count, yet uses it to find guilt on a different count. This can be cured by an instruction to the jury.

[72] Since *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56, an essential step in the admissibility and use of similar fact evidence is the identification of the specific factual issue on which the evidence is probative of the improbability of coincidence. This may be the identity of the offender, the unlikelihood that independent witnesses would tell similar stories, or any other relevant and probative inference. In a multi-count indictment, the trier of fact should instruct himself, or in the case of a jury be instructed, that if the trier of fact rejects the evidence on such an issue in a particular count, then it cannot use that evidence in deciding the verdict in any other of the counts (see Stewart, at p. 396). Indeed, Cory J. suggests a similar instruction in point (6) of the model jury charge in *Arp* (para. 80).

[73] In summary, if issue estoppel is understood according to its defining features, as discussed earlier, the inconsistency between the rule and other principles of evidence and common sense largely disappears.

E. *Conclusion on the Retention of Issue Estoppel on the Criminal Law*

[74] There can be no doubt that the principle of issue estoppel, as applied in Canada since *Grdic*, has led to inconsistencies with other principles of criminal law and common sense. The question on this appeal, as I see it, is whether these inconsistencies

respecter le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, en cas de procès successifs, il faut éviter, lors du deuxième procès, d'invoquer des questions qui ont été résolues en faveur de l'accusé dans l'instance antérieure. Il s'ensuit que, dans un procès tenu sur des chefs d'accusation multiples comportant des allégations semblables, il faut éviter les situations où le juge des faits rejette un élément de preuve présenté à l'égard d'un chef tout en l'employant pour conclure à la culpabilité à l'égard d'un autre. On peut y parvenir au moyen d'une directive au jury.

[72] Depuis *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56, l'admissibilité et l'utilisation de la preuve de faits similaires passent obligatoirement par la définition de la question de fait précise pour laquelle cette preuve établit l'improbabilité d'une coïncidence. Il peut s'agir de l'identité du contrevenant, du peu de probabilité que des témoins indépendants fassent des dépositions similaires ou de toute autre inférence pertinente et probante. Lorsque l'acte d'accusation comporte plusieurs chefs, le juge du procès doit se donner comme consigne ou, s'il siège avec jury, dire aux jurés, que s'il rejette la preuve relative à une telle question à l'égard d'un chef d'accusation, il ne peut l'utiliser pour décider du verdict à rendre à l'égard d'autres chefs (voir Stewart, p. 396). D'ailleurs, le juge Cory énonce une directive semblable dans *Arp*, au paragraphe (6) du modèle d'exposé qu'il propose (par. 80).

[73] Bref, si l'on aborde la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en tenant compte des caractéristiques qui la définissent, exposées précédemment, l'incompatibilité de cette doctrine avec les autres règles de preuve et principes de bon sens disparaît en bonne partie.

E. *Conclusion sur le maintien en droit pénal de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée*

[74] Il est incontestable que, telle qu'elle a été appliquée au Canada depuis l'arrêt *Grdic*, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a créé des problèmes de cohérence avec d'autres règles de droit pénal et principes de bon sens. Ce

should lead this Court to remove issue estoppel entirely from Canadian criminal law, or whether it should modify the current Canadian position on issue estoppel to alleviate the difficulties.

[75] I have argued that an approach to issue estoppel that confines it to discrete issues decided in the accused's favour in a previous proceeding is consistent with the history and theory of issue estoppel and, if adopted, would avoid the anomalies the broadened post-*Grdic* view of the doctrine has introduced. I have also argued that, understood in this form, issue estoppel is an important component of the criminal law, and that other doctrines and rules of evidence afford only incomplete protection of the goals that underlie the doctrine: fairness to the accused, coherence and consistency of criminal proceedings and finality of judicial proceedings.

[76] These arguments satisfy me that the principle of issue estoppel should be retained as part of Canadian criminal law.

[77] It is not necessary in this case to resolve the question of whether issue estoppel applies to situations where there is a disposition such as a stay at a first trial: see, for example, *R. v. Regan* (1999), 131 C.C.C. (3d) 286 (N.S.S.C.); *Rulli*. On the one hand, cases of stays often involve determinations not based on the merits, and thus may not give rise to any factual findings (or, as Professor Stewart points in relation to entrapment, factual findings contrary to the accused may have been made, since entrapment is not even considered until after a finding of guilt has been made (pp. 389-90)). On the other hand, in many cases where a stay was issued for reasons such as abuse of process or unreasonable delay, the factors which led to the stay may still be compelling when an attempt is made by the Crown to use the evidence at a later proceeding. It may well be that a more flexible approach such as abuse of process should be used for these cases, rather than issue estoppel. However, as this case does not

qu'il nous faut déterminer en l'espèce, à mon avis, c'est si ces problèmes doivent entraîner sa suppression en droit pénal canadien ou si la Cour peut modifier la position canadienne actuelle sur cette doctrine pour atténuer les difficultés.

[75] J'ai fait valoir qu'une conception de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée qui en limite l'application à des questions précises décidées en faveur de l'accusé dans une instance antérieure concorde avec l'historique et avec le fondement théorique de cette préclusion et que l'adoption de cette conception permettrait d'éviter les anomalies produites par la vision élargie de la doctrine postérieure à l'arrêt *Grdic*. J'ai fait valoir également qu'ainsi interprétée, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée tient une place importante en droit pénal, et que d'autres doctrines et règles de preuve n'offrent pas une protection complète des objectifs qui sous-tendent cette doctrine : l'équité envers l'accusé, la cohérence et l'uniformité des instances criminelles et le caractère définitif des décisions judiciaires.

[76] Ces arguments me convainquent qu'il y a lieu de conserver dans le droit pénal canadien la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[77] Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se prononcer sur l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée lorsqu'une mesure comme l'arrêt des procédures a été ordonnée lors du premier procès : voir, par exemple, *R. c. Regan* (1999), 131 C.C.C. (3d) 286 (C.S.N.-É.); *Rulli*. D'un côté, les cas d'arrêt de procédures font souvent intervenir des décisions ne statuant pas sur le fond et il se peut, par conséquent, qu'ils ne donnent pas lieu à des conclusions de fait (ou, comme le professeur Stewart le fait remarquer au sujet de la provocation policière, il est possible que des conclusions de fait défavorables à l'accusé aient pu être formulées, puisque la provocation policière n'est examinée qu'après un verdict de culpabilité (p. 389-390)). D'un autre côté, dans nombre de cas où l'arrêt des procédures a été ordonné pour des raisons comme l'abus de procédures ou un retard déraisonnable, les facteurs ayant mené à l'arrêt de procédures peuvent souvent se montrer encore déterminants lorsque le

engage a fact situation involving a stay of proceedings, I leave that issue for a future case.

IV. Application

[78] I agree with my colleague Charron J. that the majority of the Court of Appeal erred in holding that the subsequent verdict of acquittal on the charge of obstruction of justice required it to find that Balasingam's evidence of the telephone call from the accused was wrongly admitted on the first trial. On my view of the case, this is not because the principle of issue estoppel has no application whatsoever in the criminal law, but because the version of the principle adopted by the majority of the court below casts the principle too broadly.

[79] This issue can be disposed of on the basis of the order of the verdicts. The acquittal in the second trial cannot operate retrospectively to render the evidence inadmissible in the earlier case (this appeal). The order of the trials matters, and is inherent in the notions of finality that issue estoppel, and *res judicata* more generally, support.

[80] It may be useful, however, to comment on how issue estoppel may apply on the retrial of the aggravated assault charge in this case. That retrial will now occur *after* the acquittal on the obstruct charge about the phone call. Although the ultimate admissibility of the phone call evidence in the new trial will be for the trial judge to decide, the approach to issue estoppel outlined in these reasons would likely lead to issue estoppel applying.

ministère public tente de se servir de la preuve dans une instance subséquente. Peut-être y aurait-il lieu, dans de tels cas, de préférer à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée une démarche plus souple, comme l'abus de procédure. Toutefois, puisque les faits de la présente espèce ne font pas intervenir un arrêt de procédures, cette question pourra être examinée ultérieurement.

IV. Application

[78] Comme ma collègue la juge Charron, j'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à tort que le verdict d'acquittal prononcé subséquemment à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice obligeait nécessairement à conclure que le témoignage de M. Balasingam au sujet de l'appel téléphonique fait par l'accusé avait été irrégulièrement admis lors du premier procès. Selon l'analyse que je fais de l'affaire, cette erreur ne tient pas au fait que le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'est pas applicable en droit pénal, mais à ce que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont appliqué une vision trop large du principe.

[79] Il est possible de trancher cette question en se fondant sur l'ordre dans lequel les verdicts ont été rendus. L'acquittal prononcé à l'issue du deuxième procès ne peut rendre rétrospectivement inadmissible la preuve présentée lors du procès antérieur (que vise le présent pourvoi). L'ordre dans lequel les procès ont eu lieu a de l'importance et fait partie intégrante des notions de caractère définitif que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et, plus généralement, le principe de chose jugée, visent à protéger.

[80] Il peut toutefois être utile de formuler des commentaires sur la façon dont la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut s'appliquer lors du nouveau procès pour voies de fait graves. Ce nouveau procès sera alors *postérieur* à l'acquittal relativement à l'accusation d'entrave à la justice fondée sur l'appel téléphonique. Bien qu'il appartiendra au juge président ce nouveau procès de se prononcer en définitive sur

Whether the phone call took place was the central issue in the obstruct trial. The trial judge in the obstruct trial had a reasonable doubt that the call was made, based on both the lack of credibility of the Crown's main witness, and on the fact that no telephone records were tendered at trial to corroborate a call having been made, and the trial judge was of the view that one could expect such records to exist if a call was made, as the call was alleged to have been a long distance call made from a jail. It would follow that the acquittal on the obstruct charge estops the Crown from using evidence of the phone call as evidence of consciousness of guilt in the new aggravated assault trial. This is so, even though the acquittal in the obstruct trial is based on a reasonable doubt that the call took place, rather than an express factual finding that the phone call did not take place.

[81] Like my colleague Charron J., I agree that the Court of Appeal correctly ruled that the jury charge in the first trial was inadequate and I would order a new trial on that ground.

[82] In the result, I would dismiss the appeal.

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

CHARRON J. —

1. Overview

[83] This appeal concerns the application of issue estoppel in Canadian criminal law. Issue estoppel, which forms part of the doctrine of *res judicata*, originated in the civil context. It precludes the relitigation of an issue that has been finally decided in a prior judicial proceeding. The doctrine of issue

l'admissibilité de la preuve relative à l'appel téléphonique, il est probable que, telle qu'elle a été définie dans les présents motifs, la préclusion s'appliquera. L'existence de ce coup de téléphone était la question fondamentale du procès pour entrave à la justice. Or, le juge du procès a dit avoir un doute raisonnable sur la question de savoir si cet appel avait bien été fait, compte tenu du manque de crédibilité du principal témoin du ministère public ainsi que du fait qu'aucun relevé d'appel n'avait été produit au procès pour corroborer que l'appel avait été fait, alors que, selon le juge, on pouvait s'attendre à ce qu'un tel relevé existe puisque le prétendu appel était un interurbain fait à partir d'un établissement carcéral. En conséquence, l'acquittement relativement à l'accusation d'entrave empêche le ministère public d'avoir recours à la preuve relative à l'appel téléphonique pour établir la conscience coupable dans le nouveau procès pour voies de fait graves. Il en va ainsi même si l'acquittement à l'issue du procès pour entrave à la justice repose sur un doute raisonnable quant à l'existence de l'appel téléphonique plutôt que sur une conclusion de fait expresse que l'appel n'a pas été fait.

[81] Comme ma collègue la juge Charron, j'estime que la Cour d'appel a conclu à bon droit que l'exposé au jury dans le premier procès était inadéquat, et je suis d'avis d'ordonner un nouveau procès pour ce motif.

[82] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

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

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[83] Le présent pourvoi concerne l'application en droit criminel canadien de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Cette forme de préclusion, qui fait partie de la doctrine de la chose jugée, a pris naissance en contexte civil et empêche la remise en cause d'une question ayant fait l'objet

estoppel has been transposed into Canadian criminal law but, from the start, not without serious mutation to fit its new environment. Significantly, the notion of mutuality that underlies one of three preconditions for the operation of issue estoppel has been abandoned as entirely unsuited to the criminal context. As a result, we are from the outset dealing with a very different concept from that applied in the civil context. In addition, the application of issue estoppel in criminal cases has given rise to a number of difficulties both in principle and in practice, leading to the question posed on this appeal — should the doctrine of issue estoppel be retained in the field of criminal law?

[84] For reasons that follow, I conclude that the concerns about abusive relitigation that issue estoppel guards against in the civil context are better addressed in the criminal context by means of existing concepts and provisions other than issue estoppel. Depending on the particular circumstances, these include the doctrine of abuse of process; character evidence rules — in particular the similar fact evidence rule; the rule against multiple convictions in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; the rule against collateral attack; the codified pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* under s. 607 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; and s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This arsenal of related concepts is both better tailored to the nature of criminal law proceedings and sufficient to meet the specific concerns that may arise from the relitigation of issues in the criminal context. There is therefore no need to transform issue estoppel to make it fit in the criminal law. Rather, issue estoppel, as a discrete concept, should no longer find application in Canadian criminal law.

d'une décision judiciaire définitive. La préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été transposée en droit criminel canadien, mais de profondes mutations se sont opérées dès le départ pour en permettre l'adaptation à ce nouvel environnement. Un changement important a été l'abandon de la notion de réciprocité qui sous-tend l'une des trois conditions d'application de cette préclusion, parce que cette notion était tout à fait incompatible avec le contexte criminel. Par conséquent, nous nous trouvons d'emblée devant un concept très différent de celui qui s'applique en contexte civil. En outre, l'application de cette préclusion en matière criminelle a soulevé, tant au plan des principes que de la pratique, un certain nombre de difficultés qui nous ont amené à la question soulevée dans le présent pourvoi — y a-t-il lieu de conserver en droit criminel la préclusion découlant d'une question déjà tranchée?

[84] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'en contexte criminel, d'autres concepts et dispositions législatives existants apportent une réponse plus adéquate à la problématique des remises en cause abusives contre lesquelles la préclusion découlant d'une question déjà tranchée offre une protection en matière civile. Selon les circonstances, on peut notamment faire appel à la doctrine de l'abus de procédure, aux règles régissant la preuve de moralité — plus particulièrement la règle de la preuve de faits similaires — à l'interdiction des déclarations de culpabilité multiples de l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, à l'interdiction des contestations indirectes, aux moyens de défense d'autrefois acquit et d'autrefois convict prévus à l'art. 607 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et à l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette panoplie de concepts connexes s'accorde mieux à la nature des instances criminelles et elle est suffisante pour répondre aux préoccupations particulières que peut engendrer la remise en cause en contexte criminel. Rien n'oblige donc à modifier la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pour l'adapter au droit criminel. Il faudrait plutôt que cette forme de préclusion, en tant que notion distincte, cesse d'être appliquée en droit criminel au Canada.

2. The Circumstances Giving Rise to the Alleged Estoppel

[85] The circumstances that give rise to the alleged issue estoppel in this case are the following.

[86] The appellant, Rathiskumar Mahalingan, was charged with attempted murder arising out of a vicious gang attack that took place in Markham, Ontario, in June of 2002. Two co-accused were charged with aggravated assault of the same victims. Identity was the central issue at trial for all three accused. Following a trial by judge and jury, Mahalingan was acquitted of attempted murder, but convicted of the included offence of aggravated assault. One of the co-accused was also convicted of aggravated assault; the other co-accused, who presented alibi evidence, was acquitted. Mahalingan's case is the only one that concerns us on this appeal.

[87] Mahalingan appealed his conviction and sentence to the Court of Appeal for Ontario: (2006), 80 O.R. (3d) 35. He raised several grounds on his conviction appeal, including the adequacy of the trial judge's instructions to the jury on the theory of the defence. He also applied to introduce fresh evidence, arguing that it impacted on an item of post-conduct evidence which formed part of the Crown's case against him. One of the complainants, Balasingam, testified at trial that, shortly before the trial commenced, Mahalingan had telephoned him from jail asking him not to testify against him. Mahalingan was charged with attempting to obstruct justice in relation to the phone call but, subsequent to his trial for attempted murder, he was acquitted on that charge. On appeal, Mahalingan sought to introduce as fresh evidence his acquittal on the obstructing justice charge, arguing that it had the retrospective effect of rendering Balasingam's evidence about the call inadmissible.

2. Les circonstances à l'origine de la préclusion invoquée en l'espèce

[85] En l'espèce, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été invoquée dans les circonstances suivantes.

[86] Rathiskumar Mahalingan a été accusé de tentative de meurtre à la suite d'une agression brutale perpétrée par un gang à Markham en Ontario au mois de juin 2002. Une accusation de voies de fait graves sur la personne des mêmes victimes a aussi été portée contre deux co-accusés. La question cruciale au procès des trois accusés tenu devant juge et jury était celle de l'identité des agresseurs. Monsieur Mahalingan a été acquitté de l'accusation de tentative de meurtre, mais déclaré coupable de l'infraction incluse de voies de fait graves. L'un des co-accusés a lui aussi été déclaré coupable de voies de fait graves, tandis que l'autre, qui avait présenté une preuve d'alibi, a été acquitté. Le présent pourvoi ne concerne que le cas de M. Mahalingan.

[87] Monsieur Mahalingan a fait appel de la déclaration de culpabilité et de la peine devant la Cour d'appel de l'Ontario : (2006), 80 O.R. (3d) 35. Il a invoqué plusieurs moyens à l'encontre du verdict de culpabilité, dont l'un concernait le bien-fondé des directives du juge au jury au sujet de la thèse de la défense. Il a également demandé l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve, faisant valoir que ceux-ci se rapportaient à la preuve de comportement postérieur à l'infraction qui faisait partie de la preuve à charge présentée par le ministère public. L'un des plaignants, M. Balasingam, avait témoigné lors du procès, affirmant que M. Mahalingan lui avait téléphoné de sa prison, peu avant le début du procès, et lui avait demandé de ne pas témoigner contre lui. En raison de ce coup de téléphone, M. Mahalingan a été accusé de tentative d'entrave à la justice mais il a été acquitté au terme d'un procès postérieur au procès pour tentative de meurtre. En appel, il a voulu soumettre comme nouvel élément de preuve la preuve de l'acquittement sur l'accusation d'entrave à la justice, soutenant que cet acquittement avait pour effet de rendre rétrospectivement inadmissible le témoignage de M. Balasingam au sujet du coup de téléphone.

[88] Sharpe J.A., writing for a unanimous court, allowed Mahalingan's appeal against conviction and ordered a new trial on the ground that the trial judge failed to outline the position of the defence in his instructions to the jury. The court was divided, however, on the fresh evidence application. All three justices expressed the view that the application of issue estoppel in criminal law may well be a matter this Court might wish to reconsider. However, Sharpe J.A. (Rouleau J.A. concurring) felt bound to give effect to the principle that precludes the admission of evidence underlying an acquittal, thereby retrospectively rendering the evidence of Mahalingan's phone call inadmissible. Given this effect, it was his view that it could not be said that the result in the attempted murder trial would have been the same, absent the inadmissible evidence. Accordingly, a majority of the court admitted the fresh evidence and ordered a new trial on this basis as well.

[89] Blair J.A. disagreed with his colleagues on the appropriate application of issue estoppel only, finding that the subsequent acquittal on the charge of obstructing justice did not retrospectively render inadmissible the evidence of Mahalingan's telephone call to Balasingam. He would have dismissed the fresh evidence application.

[90] I agree with the Court of Appeal that the trial judge's failure to outline the position of the defence for the jury in the circumstances of this case necessitates a new trial. Accordingly, I would dismiss the appeal for the reasons of Sharpe J.A. on this issue. In light of this conclusion, it is not necessary to deal with the fresh evidence application to dispose of the appeal. However, I agree with the unanimous court below that the application of issue estoppel in the context of a criminal proceeding has proven problematic and should be reconsidered. Further,

[88] Au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, le juge Sharpe a accueilli l'appel de M. Mahalingan et a ordonné un nouveau procès au motif que le juge du procès n'avait pas présenté la position de la défense dans ses directives au jury. Concernant la demande d'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve, toutefois, la Cour a rendu une décision divisée. Bien que les trois juges fussent tous d'avis qu'il y aurait probablement lieu que notre Cour réexamine l'application en droit criminel de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, le juge Sharpe (le juge Rouleau souscrivant à ses motifs) a estimé qu'il fallait donner effet au principe de l'inadmissibilité des éléments de preuve sous-tendant un acquittement, ce qui rendait rétrospectivement inadmissible la preuve de l'appel téléphonique de M. Mahalingan. Selon le juge Sharpe, on ne pourrait donc pas affirmer que l'issue du procès pour tentative de meurtre aurait été la même si cette preuve inadmissible n'avait pas été présentée. En conséquence, la Cour à la majorité a accepté les nouveaux éléments de preuve et a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur ce fondement également.

[89] Le juge Blair s'est dissocié de ses collègues uniquement au sujet de l'application appropriée de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il a conclu que l'acquiescement subséquent à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice n'avait pas pour effet de rendre rétrospectivement inadmissible la preuve relative à l'appel téléphonique de M. Mahalingan à M. Balasingam. Il aurait rejeté la demande d'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve.

[90] Comme la Cour d'appel, je suis d'avis que l'omission du juge du procès de présenter au jury la position de la défense, en l'espèce, rend nécessaire la tenue d'un nouveau procès. En conséquence, je rejeterais le pourvoi pour les motifs exposés par le juge Sharpe sur la question. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire, pour trancher ce pourvoi, de statuer sur la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve. Je partage toutefois l'opinion unanime de la Cour d'appel de l'Ontario que l'application, dans le contexte d'un procès

the circumstances of this case provide a proper context for doing so.

[91] In light of my agreement with the reasons of Sharpe J.A. on the failure of the trial judge to outline the defence position, I will only review the facts to the extent necessary to provide context to the question of issue estoppel raised by the fresh evidence application.

3. The Evidence at Trial

[92] The charge against Mahalingan arose from a vicious gang attack on two victims, Chanthuru Perinpanathan and Muraly Balasingam. The central issue at trial was the identity of the attackers. The victims were seated in a parked car when they were approached by a group of young men armed with swords, axes and machetes. The attackers targeted Perinpanathan first. He was seated in the back of the two-door car, behind the passenger seat. Balasingam, who was seated in the driver's seat, was attacked next.

[93] Perinpanathan testified that the first attacker opened the passenger-side door, folded the front seat forward, and kicked him in the face. The attack escalated from there and he lost consciousness. Therefore, he could not identify the attackers. However, he stated that he knew Mahalingan and that Mahalingan was *not* the first attacker.

[94] Contrary to his passenger's testimony, Balasingam indicated that Mahalingan was the first attacker. He testified that Mahalingan opened the door, kicked Perinpanathan and then stabbed him with a long dagger from outside the passenger door. According to Balasingam, Mahalingan subsequently yelled words of encouragement to the other attackers from behind the car.

criminel, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'est révélée problématique et qu'elle doit être réexaminée. J'estime en outre que les circonstances de la présente espèce sont propices à un tel réexamen.

[91] Puisque je souscris aux motifs du juge Sharpe concernant l'omission du juge du procès d'exposer la position de la défense, je ne procéderai qu'à l'examen des faits nécessaire à la mise en contexte de la question de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée soulevée par la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve.

3. La preuve présentée au procès

[92] L'accusation portée contre M. Mahalingan découlait d'une agression brutale perpétrée par un gang contre deux victimes, Chanthuru Perinpanathan et Muraly Balasingam. La question capitale, au procès, concernait l'identité des agresseurs. Les victimes étaient assises dans une voiture garée lorsqu'un groupe de jeunes hommes armés d'épées, de haches et de machettes s'est approché d'elles. Les agresseurs ont d'abord attaqué M. Perinpanathan, qui prenait place sur la banquette arrière de l'automobile à deux portières, derrière le siège du passager. Monsieur Balasingam, qui occupait le siège du conducteur, a été attaqué ensuite.

[93] Monsieur Perinpanathan a témoigné que le premier agresseur avait ouvert la portière du côté du passager, rabattu le dossier du siège avant et lui avait asséné un coup de pied au visage. L'attaque s'était ensuite intensifiée et il avait perdu conscience. Il n'avait donc pas pu identifier les agresseurs. Il a toutefois déclaré qu'il connaissait M. Mahalingan et que ce dernier n'était *pas* le premier agresseur.

[94] Contrairement à son passager, M. Balasingam a affirmé que M. Mahalingan était le premier agresseur. Il a témoigné que ce dernier avait ouvert la portière, qu'il avait donné un coup de pied à M. Perinpanathan, puis qu'il l'avait poignardé de l'extérieur avec une arme à longue lame. Selon M. Balasingam, M. Mahalingan avait ensuite crié des encouragements aux autres agresseurs, de derrière le véhicule.

[95] There was no forensic evidence tying Mahalingan to the crime and Balasingam was the only eyewitness purporting to identify him. The Crown therefore relied heavily on his testimony. The Crown also tendered evidence of a gang-related motive for the attack and pointed to post-offence conduct which suggested that Mahalingan was involved in the incident. The post-offence conduct consisted of two phone calls allegedly made by Mahalingan, one to Perinpanathan and the other to Balasingam. Only the latter forms the subject matter of the fresh evidence application.

[96] Balasingam testified that Mahalingan called him from jail shortly before the trial commenced, asking him not to testify. Balasingam said that Mahalingan apologized to him and indicated that he had not been the target of the attack. Instead, Mahalingan “came for” Perinpanathan, with whom he had a “beef” (A.R., at pp. 927-28). After some delay, Balasingam reported the call to the authorities.

4. The Fresh Evidence Application

4.1 *The Acquittal on the Charge of Attempt to Obstruct Justice*

[97] On June 27, 2003, Mahalingan was charged with attempting to obstruct justice in relation to the alleged call to Balasingam. The trial of the obstruction charge occurred after Mahalingan’s attempted murder trial concluded on September 27, 2003. The Crown adduced evidence of the telephone call mirroring that which was put forward at the attempted murder trial. On October 26, 2004, Marchand J. acquitted Mahalingan. In brief oral reasons, Marchand J. described Balasingam as “a very unsavoury character”, commenting that it was “very hard to find worse” (A.R., at p. 166). After reviewing Balasingam’s testimony and finding him

[95] Aucun élément de preuve médico-légale ne liait M. Mahalingan au crime, et M. Balasingam était le seul témoin oculaire qui prétendait l’identifier. Le ministère public a donc largement utilisé son témoignage. Il a aussi présenté des éléments de preuve indiquant que le mobile de l’agression était lié à un gang, et il a fait état d’un comportement postérieur à l’infraction donnant à penser que M. Mahalingan était impliqué dans l’incident. Ce comportement consistait en deux appels téléphoniques que M. Mahalingan aurait faits, l’un à M. Perinpanathan et l’autre à M. Balasingam. Seul le second appel est visé par la demande d’autorisation de présentation de nouveaux éléments de preuve.

[96] Monsieur Balasingam a déclaré que M. Mahalingan lui avait téléphoné de la prison peu avant le début du procès et lui avait demandé de ne pas témoigner; il a indiqué que M. Mahalingan lui avait fait des excuses et lui avait dit que ce n’était pas lui qui était visé dans cette agression. Monsieur Mahalingan [TRADUCTION] « ciblait » plutôt M. Perinpanathan car il avait un [TRADUCTION] « compte à régler » avec ce dernier (d.a., p. 927-928). Monsieur Balasingam a signalé l’appel aux autorités, mais pas immédiatement.

4. La demande de présentation de nouveaux éléments de preuve

4.1 *L’acquiescement relativement à l’accusation de tentative d’entrave à la justice*

[97] Le 27 juin 2003, M. Mahalingan a été accusé de tentative d’entrave à la justice relativement à l’appel téléphonique qu’il aurait fait à M. Balasingam. Le procès, pour cette accusation, a eu lieu après la clôture du procès de M. Mahalingan pour tentative de meurtre le 27 septembre 2003. La preuve du ministère public relative à l’appel téléphonique reprenait celle qui avait été présentée lors du procès pour tentative de meurtre. Le 26 octobre 2004, le juge Marchand a acquitté M. Mahalingan. Dans de brefs motifs rendus oralement, il a présenté M. Balasingam comme [TRADUCTION] « un individu très peu recommandable », ajoutant qu’il

“highly intelligent and resourceful but unworthy of belief”, he concluded as follows:

I think that it would be most dangerous to convict someone on the uncorroborated evidence of such a witness. His testimony leaves me with some doubt as to whether the offence has been made, has been made out. I believe that it was. I believe that it likely was, at least, but I have a reasonable doubt that it did. [A.R., at p. 170]

4.2 *The Court of Appeal’s Decision on the Fresh Evidence Application*

[98] Mahalingan argued that his acquittal for obstructing justice should be accepted as fresh evidence in his appeal of the aggravated assault conviction. Based on the doctrine of issue estoppel, which precludes the Crown from relitigating any issue that has been finally determined in favour of an accused in a previous proceeding, he submitted that the acquittal had the retrospective effect of rendering Balasingam’s testimony about the phone call inadmissible at his trial for attempted murder. He further argued that, if the trial record was examined as if the phone call evidence had never been presented in the attempted murder trial, it could not be said that the jury’s verdict would necessarily have been the same. Accordingly, in Mahalingan’s view, issue estoppel operated to ground a new trial.

[99] As indicated earlier, Mahalingan’s argument was accepted by the majority of the Court of Appeal. As the trial judge’s reasons for acquittal indicated that he had a reasonable doubt that the June 8, 2003 call from Mahalingan to Balasingam was ever made, Sharpe J.A. concluded that the Crown was estopped from relitigating that question. Further, the majority felt bound by previous decisions of the Court of Appeal for Ontario to give the acquittal

était [TRADUCTION] « très difficile de trouver pire témoin » (d.a., p. 166). Après avoir examiné le témoignage de M. Balasingam, qualifiant le témoin d’[TRADUCTION] « extrêmement intelligent et ingénieux, mais indigne de confiance », il a formulé la conclusion suivante :

[TRADUCTION] J’estime qu’il serait extrêmement dangereux de rendre un verdict de culpabilité sur le fondement du témoignage non corroboré d’un tel témoin. Son témoignage me laisse dans le doute quant à savoir si l’infraction a été prouvée. Je pense qu’elle l’a été. Je pense qu’elle l’a probablement été, du moins, mais j’ai un doute raisonnable. [d.a., p. 170]

4.2 *La décision de la Cour d’appel concernant la présentation de nouveaux éléments de preuve*

[98] Monsieur Mahalingan a soutenu que son acquittement à l’égard de l’accusation d’entrave à la justice devrait être accepté comme nouvel élément de preuve dans l’appel concernant sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves. Invoquant la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, qui interdit au ministère public de remettre en cause une question définitivement tranchée en faveur d’un accusé dans une instance antérieure, il a fait valoir que l’acquittement avait pour effet de rendre rétrospectivement inadmissible le témoignage fait par M. Balasingam lors du procès pour tentative de meurtre et relatif à l’appel téléphonique. Il a également soutenu qu’en examinant le dossier de ce procès comme si la preuve relative à l’appel téléphonique n’avait jamais été présentée, on ne pourrait affirmer que le verdict du jury aurait nécessairement été le même. La préclusion découlant d’une question déjà tranchée avait donc pour effet, selon M. Mahalingan, de justifier la tenue d’un nouveau procès.

[99] Ainsi qu’on l’a vu, la Cour d’appel à la majorité a accepté l’argument de M. Mahalingan. Puisque le juge du procès avait indiqué dans ses motifs d’acquittement avoir un doute raisonnable sur la question de savoir si M. Mahalingan avait effectivement téléphoné à M. Balasingam le 8 juin 2003, le juge Sharpe a conclu que le ministère public ne pouvait remettre cette question en cause. En outre, la majorité a estimé que des arrêts antérieurs de la

retrospective effect, thereby rendering inadmissible the evidence of the phone call to Balasingam. In the absence of this evidence, the result of the trial could reasonably be expected to have been different. Accordingly, the majority admitted the fresh evidence and, on that basis as well, set aside the conviction and ordered a new trial.

[100] Blair J.A. dissented on this point. In his view, this Court's decision in *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810, "does not stand for the proposition that issue estoppel may be applied *retrospectively* to undermine the legitimacy of an *earlier* conviction otherwise rightly entered on evidence properly before the earlier tribunal at the time. *Grdic* speaks to the question of issue estoppel *prospectively*" (para. 79 (emphasis in original)).

[101] Blair J.A. supported this conclusion with reference to the principles underlying issue estoppel, being: to promote finality in litigation; to prevent double jeopardy and unfairness to the accused; and to guard against inconsistent verdicts. In his view, none of these principles are served by the retrospective application of issue estoppel, rendering its application meaningless in the circumstances of this case.

[102] Furthermore, denying retrospective application of issue estoppel accorded with this Court's decision in *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, wherein Cory J. noted: "There is nothing unfair or logically irreconcilable about a jury having reasonable doubt whether the accused committed an act while also finding that it is likely that he committed it" (para. 79). In Blair J.A.'s view:

"There is nothing unfair or logically irreconcilable about" the jurors in the case under appeal having found

Cour d'appel de l'Ontario l'obligeaient à donner à l'acquiescement un effet rétrospectif, ce qui rendait inadmissible la preuve relative à l'appel téléphonique à M. Balasingam. On pouvait raisonnablement penser que, sans cette preuve, l'issue du procès aurait pu être différente. Les juges majoritaires ont donc autorisé la présentation des nouveaux éléments de preuve et, en se fondant également sur cette preuve, ont infirmé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès.

[100] Le juge Blair n'a pas partagé l'avis de ses collègues sur ce point. Selon lui, l'arrêt de notre Cour *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810, [TRADUCTION] « ne permet pas d'affirmer que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut s'appliquer *rétrospectivement* pour affaiblir la légitimité d'un verdict de culpabilité *antérieur* valablement inscrit sur le fondement d'éléments de preuve régulièrement soumis au tribunal au cours du procès. *Grdic* traite de l'application *prospectively* de cette forme de préclusion » (par. 79 (en italique dans l'original)).

[101] Le juge Blair a fondé sa conclusion sur les principes sous-jacents de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, c'est-à-dire renforcer le caractère définitif des décisions judiciaires, prévenir le double péril et les injustices envers l'accusé et prévenir les verdicts incompatibles. Selon lui, l'application rétrospective de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne sert aucun de ces principes, ce qui la rend inutile en l'espèce.

[102] Il a en outre estimé que le refus de l'application rétrospective de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée allait dans le sens de l'arrêt *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, de notre Cour, dans lequel le juge Cory a fait remarquer qu'il « n'y a rien d'injuste ou de logiquement irréciliable dans le fait qu'un jury ait un doute raisonnable sur la question de savoir si l'accusé a commis un acte, mais arrive également à la conclusion que l'accusé a probablement commis cet acte » (par. 79). Selon le juge Blair :

[TRADUCTION] « Il n'y a rien d'injuste ou de logiquement irréciliable dans le fait » que les jurés, en

that the appellant had likely made the phone call in question and the remarks attributed to him in it, and in their having used that balance-of-probability finding as part of their consideration in concluding that the appellant was guilty of aggravated assault. [para. 85]

[103] Blair J.A. emphasized that the Crown could have proceeded against Mahalingan on a multi-count indictment, preferring both charges at once. In his opinion, the fact that the Crown chose to prosecute the obstruction charge at a later date should not operate to undermine the validity of the prior conviction.

[104] In the result, Blair J.A. would not have admitted the fresh evidence to retrospectively render the telephone call inadmissible.

5. Analysis

5.1 *Res Judicata — The Bar Against Abusive Relitigation*

[105] Issue estoppel precludes the relitigation of an issue that has been finally decided by a court in another proceeding. It is a form of *res judicata*, which this Court has succinctly described as meaning “something that has clearly been decided” (*Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555, at p. 561). In *Grdic*, Wilson J., writing in dissent but not on this point, explained the relationship between *res judicata* and issue estoppel as follows (at p. 815):

The doctrine of *res judicata* reflects the fundamental premise that there must at some point be an end to litigation. Accordingly, the doctrine is generally treated as part of the law of estoppel. In its broadest sense a plea of *res judicata* is an allegation that the entire legal rights and obligations flowing between the parties, including questions of both law and fact, have been conclusively disposed of by an earlier judgment: see *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615 (P.C.) An estoppel, however, can apply also to a single issue which may arise between two parties who, although litigating for the second time regarding issues

l’espèce, aient conclu que l’appelant avait probablement passé le coup de téléphone en question et tenu les propos qui lui ont été attribués, et qu’ils aient pris en compte cette conclusion, tirée suivant la prépondérance des probabilités, pour déclarer l’appelant coupable de voies de fait grave. [par. 85]

[103] Soulignant que le ministère public aurait pu présenter contre M. Mahalingan un acte d’accusation comportant les deux chefs d’accusation, le juge Blair a indiqué que la décision du ministère public d’intenter plus tard la poursuite pour l’infraction d’entrave à la justice ne devrait pas avoir pour effet d’ébranler la validité de la déclaration de culpabilité antérieure.

[104] En conséquence, le juge Blair n’aurait pas admis les nouveaux éléments de preuve pour rendre rétrospectivement inadmissible la preuve relative à l’appel téléphonique.

5. Analyse

5.1 *La chose jugée — l’interdiction des remises en cause abusives*

[105] La préclusion découlant d’une question déjà tranchée empêche la remise en cause d’une question ayant fait l’objet d’une décision judiciaire définitive dans une autre instance. C’est une forme de chose jugée, une expression qui signifie « quelque chose qui a clairement été décidé », suivant la description succincte énoncée par notre Cour (*Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555, p. 561). Dans *Grdic*, la juge Wilson, dissidente mais non sur ce point, a expliqué comme suit la relation entre la chose jugée et la préclusion découlant d’une question déjà tranchée (p. 815) :

Le principe de la chose jugée traduit la prémisse fondamentale qu’un litige ne peut durer indéfiniment. Par conséquent, on classe généralement ce principe dans le droit relatif à la fin de non-recevoir. Dans son sens le plus large, un plaidoyer de chose jugée revient à faire valoir qu’un jugement antérieur a réglé définitivement l’ensemble des questions relatives aux droits et aux obligations des parties, y compris les questions de droit et de fait: voir l’arrêt *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615 (P.C.) Une fin de non-recevoir peut toutefois être invoquée dans le cas d’une unique question soulevée par deux parties qui, bien qu’il s’agisse

related factually to their first case, face each other in an altogether new cause of action: see *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.)

The precise nature of *res judicata* and, in turn, its boundaries are difficult to establish. It has been referred to variously by this Court as a plea (*Muir v. Carter* (1889), 16 S.C.R. 473); a defence (*Wright v. The Queen*, [1963] S.C.R. 539); a presumption (*Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] S.C.R. 594); a concept (*R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380); a term of art (*Duhamel*); a doctrine (*Grdic*); and a principle (*Boucher v. Stelco Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 279, 2005 SCC 64).

[106] Accordingly, *res judicata* may be best understood by reference to its underlying concerns about the relitigation of decided issues. Ensuring finality in litigation is, at its core, a matter of fairness and justice. As a general rule, persons should not be twice vexed by the same cause. In the criminal context, the protection against double jeopardy has acquired a constitutional dimension under s. 11(h) of the *Charter*. Putting a stop to repeated litigation is also important for the efficiency and reputation of the judicial system. It avoids the squandering of scarce judicial resources and the scandal of inconsistent findings between courts.

[107] Issue estoppel is but one of many legal doctrines concerned with the prevention of abusive relitigation. In the criminal context, related concepts include the doctrine of abuse of process; the rule against multiple convictions in *Kienapple*; the rule against collateral attack; the codified pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* under s. 607 of the *Code*; and s. 11(h) of the *Charter*. As I will explain, evidentiary rules, in particular the similar fact evidence rule, are also tailored to address concerns arising from the unjustified relitigation of issues in the criminal context.

d'un second litige sur des questions qui se rapportent par leurs faits à celles débattues au premier procès, ont une cause d'action tout à fait nouvelle: voir l'arrêt *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.)

Il est difficile de déterminer la nature précise de la chose jugée et, par suite, d'en établir les limites. Notre Cour en a fait mention de diverses façons, la qualifiant de plaidoyer (*Muir c. Carter* (1889), 16 R.C.S. 473), de moyen de défense (*Wright c. The Queen*, [1963] R.C.S. 539), de présomption (*Cargill Grain Co. c. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] R.C.S. 594), de concept (*R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380), de terme technique (*Duhamel*), de principe (*Grdic*) et de règle (*Boucher c. Stelco Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 279, 2005 CSC 64).

[106] Par conséquent, il est plus facile de saisir la notion de chose jugée en faisant appel aux considérations relatives à la remise en cause de questions déjà décidées qui la sous-tendent. Préserver l'irrévocabilité des décisions tranchant les litiges est, en soi, une question d'équité et de justice. En règle générale, une personne ne devrait pas être tracassée deux fois pour la même cause d'action. En matière criminelle, l'al. 11h) de la *Charte* a conféré à la protection contre le double péril une dimension constitutionnelle. Il importe également, pour l'efficacité et la réputation du système judiciaire, d'empêcher la répétition d'un litige. On évite ainsi la dilapidation de ressources judiciaires restreintes et l'embaras de jugements contradictoires.

[107] La préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'est qu'une des nombreuses doctrines juridiques relatives à la prévention des remises en cause abusives. En matière criminelle, les concepts connexes englobent la doctrine de l'abus de procédure, la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples formulée dans *Kienapple*, la règle interdisant les contestations indirectes, les moyens de défense d'autrefois acquit et d'autrefois convict prévus à l'art. 607 du *Code* ainsi que l'al. 11h) de la *Charte*. Comme on le verra, des règles de preuve sont également conçues pour répondre aux préoccupations découlant de la remise en cause injustifiée en matière criminelle, notamment la règle de la preuve de faits similaires.

[108] The importance of the doctrine of *res judicata* to the administration of justice is unquestionable. It has been variably described as lying “at the heart of the administration of justice” (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, at para. 15); as a “fundamental principle of our system of justice” (*R. v. Van Rassel*, [1990] 1 S.C.R. 225, at p. 238); and as “a cornerstone of the justice system in Canada” (D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2nd ed. 2004), at p. 4).

[109] However, just as litigation, by its very nature, is not a one-sided process, so too the quest for justice and fairness is not unidimensional. In some circumstances, justice and fairness will require a stop to the repeated attack of one litigant by another, while in other circumstances, the ends of justice will command otherwise. For example, as we shall see, the prosecution of perjury may well require the relitigation of an issue that has been finally disposed of in favour of an accused. Perjury strikes at the very roots of our system of justice and, therefore, the interest in finality must give way, even at the risk of seemingly inconsistent verdicts.

[110] The application of the doctrine of *res judicata* and related concepts must therefore be understood as often requiring a balancing of competing interests, counselling against the imposition of absolute, inflexible rules to guide its application. As stated by Binnie J. in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44: “The rules governing issue estoppel should not be mechanically applied. The underlying purpose is to balance the public interest in the finality of litigation with the public interest in ensuring that justice is done on the facts of a particular case” (para. 33). Further, even when the moving party has established the preconditions to the operation of issue estoppel, “the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel *ought* to be applied” (para. 33 (emphasis in original)).

[108] L’importance du principe de la chose jugée pour l’administration de la justice est incontestable. On a notamment indiqué qu’elle joue « un rôle central dans l’administration de la justice » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, par. 15), qu’elle constitue un « principe fondamental de notre système de justice » (*R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225, p. 238) et qu’elle est [TRADUCTION] « une pierre angulaire du système de justice au Canada » (D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2^e éd. 2004), p. 4).

[109] Cependant, tout comme l’action en justice est, par sa nature même, un processus multilatéral, la quête de la justice et de l’équité n’est pas une démarche unidimensionnelle. Dans certaines circonstances, elle nécessitera de mettre un terme aux attaques répétitives d’une partie contre une autre, tandis que dans d’autres, les fins de la justice exigeront autrement. Par exemple, comme on le verra, il pourra être nécessaire, dans une poursuite pour parjure, de rouvrir le débat sur une question ayant fait l’objet d’une décision définitive favorable à un accusé. Le parjure attaque les assises mêmes de notre système de justice, et c’est pourquoi l’intérêt que l’on porte à l’irrévocabilité doit céder le pas, même au risque de verdicts en apparence contradictoires.

[110] Il faut donc concevoir l’application du principe de la chose jugée et des concepts connexes comme un exercice obligeant souvent à mettre en balance des intérêts opposés, ce qui milite contre son encadrement par une règle absolue et inflexible. Comme le juge Binnie l’a affirmé dans *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44, « [l]es règles régissant la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne doivent pas être appliquées machinalement. L’objectif fondamental est d’établir l’équilibre entre l’intérêt public qui consiste à assurer le caractère définitif des litiges et l’autre intérêt public qui est d’assurer que, dans une affaire donnée, justice soit rendue » (par. 33). En outre, même si les conditions d’application de cette forme de préclusion ont été établies, « la cour doit ensuite se demander, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion *devrait* être appliquée » (par. 33 (en italique dans l’original)).

[111] While the rationale for the doctrine of *res judicata* is easily identifiable and its importance readily understood, its application has proven complex and has at times been a source of confusion in the law. As stated earlier, this case is concerned with one application of the doctrine that has proven particularly difficult — issue estoppel in the context of a criminal proceeding.

5.2 *The Three Preconditions of Issue Estoppel*

[112] It is well established in the civil context that three preconditions must be met for issue estoppel to be successfully invoked: (1) the issue must be the same as the one decided in the prior decision; (2) the prior judicial decision must have been final; and (3) the parties to both proceedings must be the same, or their privies: *Danyluk*, at para. 25. The latter requirement is grounded in the notion of mutuality. I will therefore refer to it as the mutuality requirement. The mutuality requirement requires not only that the parties to the relevant proceedings be the same, but also that each be equally bound by the final determination of the issue. As explained in J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1090:

The rule that only parties and their privies can take advantage of a previous decision follows from the maxim that “estoppels must be mutual”: a party can take advantage of a judgment only if it would have been bound had the judgment gone the other way.

[113] Identifying the elements of issue estoppel is deceptively simple, but applying the concept can prove rather complex, as evidenced by the considerable body of jurisprudence it has generated: see Lange for a useful discussion of the relevant jurisprudence. I will examine each element of issue estoppel in turn and discuss its application in the criminal context, starting with the requirement of mutuality. As we shall see, this requirement is so

[111] Bien que la raison d’être du principe de la chose jugée soit aisément discernable et qu’il ne soit pas difficile d’en saisir l’importance, son application s’est avérée complexe et a parfois suscité la confusion. Comme je l’ai déjà indiqué, il est question, en l’espèce, d’une application du principe qui s’est révélée particulièrement problématique, à savoir l’application, en droit criminel, de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

5.2 *Les trois conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée*

[112] Il est bien établi, en matière civile, que trois conditions doivent être réunies pour que cette forme de préclusion puisse être invoquée : (1) il doit s’agir de la même question que celle qui a été tranchée dans l’instance antérieure, (2) la décision antérieure doit être une décision finale et (3) les parties dans les deux instances doivent être les mêmes ou leurs ayants droit : *Danyluk*, par. 25. La dernière condition repose sur la notion de réciprocité et j’en parlerai donc comme de l’exigence de réciprocité. Cette exigence ne requiert pas seulement que les parties à l’instance pertinente soient les mêmes, mais aussi que chacune d’elles soit liée de façon égale par la décision qui tranche définitivement la question. Comme l’indiquent J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 1090 :

[TRADUCTION] La règle selon laquelle seule les parties et leurs ayants droit peuvent se prévaloir d’une décision antérieure découle de la maxime « la préclusion doit être réciproque » : une partie ne peut bénéficier d’un jugement que s’il aurait été exécutoire contre elle s’il était allé dans le sens contraire.

[113] Dégager les éléments de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est simple en apparence, mais l’application de la notion peut s’avérer très complexe, comme en fait foi l’abondante jurisprudence concernant cette question : voir Lange pour un examen utile de la jurisprudence pertinente. Je vais examiner à tour de rôle chaque élément de cette préclusion et leur application en matière criminelle en commençant par l’exigence

unsuited to the criminal context that it has never made its way into Canadian criminal law.

5.3 *The Mutuality Requirement*

[114] On the one hand, applying the mutuality requirement is more straightforward in the criminal context because the concerned parties and their privies are usually easier to identify than in the civil context. On the other hand, the mutuality requirement, which by definition would estop the accused as well as the Crown, does not accord with the presumption of innocence and the onus on the Crown to prove its case beyond a reasonable doubt. In the course of explaining why issue estoppel has no place in English criminal law, Viscount Dilhorne in *R. v. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339 (H.L.), at p. 348, referred to *R. v. Hogan*, [1974] 1 Q.B. 398, as a useful illustration of some of the undesirable consequences of applying issue estoppel in the criminal context.

[115] Hogan had been convicted of causing grievous bodily harm with intent to do so. Following his conviction, the victim died and Hogan was charged with murder. At his trial for murder, the Crown contended that Hogan was estopped from putting in issue any of the matters which could be taken as concluded against him at his first trial. The trial judge agreed. Viscount Dilhorne summarized the trial judge's ruling and its effect as follows (at pp. 348-49):

While there was no direct authority on the question, he held that issue estoppel applied between the Crown and the defendant in criminal proceedings and that it was mutual with the result that the defendant was estopped from challenging issues decided against him just as much as the prosecution were estopped from challenging a finding on an issue in the defendant's favour in the earlier trial. He therefore had held that Hogan could not challenge the findings at his first trial (1) that the victim had suffered grievous bodily harm; (2) that it had been inflicted deliberately; (3) that it had been inflicted without lawful excuse; and (4) that it had been inflicted

de réciprocité. Comme on le verra, cette exigence est si peu adaptée au contexte criminel qu'elle n'a jamais été introduite en droit criminel canadien.

5.3 *L'exigence de réciprocité*

[114] D'une part, l'application de l'exigence de réciprocité en matière criminelle est plus simple puisque les parties en cause et leurs ayants droit sont plus facilement identifiables qu'en matière civile. D'autre part, cette exigence qui, par définition, s'applique tant à l'accusé qu'au ministère public, n'est pas compatible avec la présomption d'innocence ni avec l'obligation du ministère public de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. En expliquant pourquoi la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'avait pas sa place en droit criminel anglais dans l'arrêt *R. c. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339 (H.L.), p. 348, le vicomte Dilhorne a cité la décision *R. c. Hogan*, [1974] 1 Q.B. 398, en indiquant qu'elle mettait utilement en lumière certaines des conséquences indésirables de l'application de cette préclusion en matière criminelle.

[115] Hogan avait été déclaré coupable d'infliction intentionnelle de lésions corporelles graves. Postérieurement à la déclaration de culpabilité, la victime est décédée et Hogan a alors été accusé de meurtre. Au procès pour meurtre, le ministère public a soutenu que l'accusé ne pouvait remettre en cause les questions à l'égard desquelles on pouvait considérer qu'elles avaient été tranchées en sa faveur lors de son premier procès. Le juge du procès a accepté cet argument. Le vicomte Dilhorne a résumé ainsi la décision du juge et ses effets (p. 348-349) :

[TRADUCTION] Bien qu'il n'y eût pas de jurisprudence sur cette question précise, le juge a conclu que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquait au ministère public et au défendeur, dans une instance criminelle, et qu'il y avait réciprocité, de sorte que le défendeur était préclus de contester les conclusions du procès antérieur qui lui étaient défavorables tout autant que l'était le ministère public à l'égard des conclusions favorables au défendeur. Il a donc statué que Hogan ne pouvait contester les conclusions suivantes du procès antérieur : (1) la victime avait subi des lésions corporelles graves, (2) ces lésions avaient été infligées

with the intention of causing grievous bodily harm. He also held that, as self-defence had been put forward at the first trial unsuccessfully, Hogan could not again put that forward on his trial for murder. The result was that the jury at the murder trial had only to consider whether the death was caused by the injury inflicted in respect of which he had been found guilty at his first trial and the defence put forward of provocation. So the application of issue estoppel meant that the jury at the murder trial, although sworn to give a true verdict according to the evidence, were required to accept the conclusions of another jury on evidence which that jury had heard.

[116] Viscount Dilhorne saw “no escape from the conclusion that, if issue estoppel applies in criminal cases, it must apply equally to both parties, to the Crown and the defendant, as it does to the parties to civil litigation”. However, it was his position that “issue estoppel has not and never has had a place in English criminal law and it is very undesirable that it should have” (p. 349). He was therefore of the opinion that the ruling of the trial judge in *Hogan* was wrong.

[117] In my view, there can be no question that the trial judge’s ruling in *Hogan* would not be accepted in this jurisdiction either. However, rather than following the English approach and rejecting issue estoppel in criminal law on the basis that the concept is a misfit, the Canadian approach has been to transform the concept in its transposition from the civil to the criminal context by excising the mutuality requirement from issue estoppel as it applies in criminal proceedings. As Lamer J. (as he then was) stated in *Duhamel*: “Indeed, mutuality of issue estoppel has been excluded in criminal law because of the Crown’s burden of proving in each and every case all of the elements of the offence” (p. 562). *Duhamel* also illustrates how the transposition of issue estoppel into criminal law does not always accord with the rules of criminal procedure.

délibérément, (3) elles avaient été infligées sans excuse légitime et (4) elles avaient été infligées dans l’intention de causer de telles lésions. Il a également conclu que, puisque Hogan avait invoqué sans succès la légitime défense lors du premier procès, il n’était pas admis à l’invoquer de nouveau dans le procès pour meurtre. Par conséquent, le jury du second procès n’avait à se prononcer que sur la question de savoir si la mort de la victime découlait de l’infliction des blessures dont Hogan avait été déclaré coupable lors du premier procès et sur la défense de provocation. L’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée avait donc pour effet que les jurés du procès pour meurtre, en dépit du serment qu’ils avaient prêté de rendre un verdict conforme à la preuve, étaient tenus d’accepter les conclusions d’un autre jury sur la preuve entendue par ce dernier.

[116] Le vicomte Dilhorne ne voyait pas comment on pouvait [TRADUCTION] « échapper à la conclusion que, si la préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’applique en matière criminelle, elle doit s’appliquer aux deux parties — le ministère public et le défendeur — comme elle s’applique aux parties dans une affaire civile ». Il était toutefois d’avis que [TRADUCTION] « la préclusion découlant d’une question déjà tranchée n’a pas sa place en droit criminel anglais et ne l’a jamais eue, et il n’est pas du tout souhaitable qu’elle l’ait » (p. 349). Il estimait donc que la décision du juge du procès, dans *Hogan*, était erronée.

[117] À mon avis, il ne fait aucun doute que cette décision du juge du procès, dans *Hogan*, ne serait pas non plus acceptée ici. Au Canada toutefois, plutôt que d’adhérer à la position anglaise et d’exclure cette forme de préclusion parce qu’elle n’est pas adaptée au droit criminel, on a plutôt opté pour la transformer, lorsqu’elle est transposée du droit civil au droit criminel, en en retranchant l’exigence de réciprocité. Comme le juge Lamer (plus tard Juge en chef) l’a expliqué dans *Duhamel* : « En réalité, la réciprocité de la fin de non-recevoir a été exclue du droit criminel à cause du fardeau qui incombe à la poursuite de prouver, dans chaque cas, tous les éléments de l’infraction » (p. 562). En outre, *Duhamel* illustre ce qui fait que la transposition en droit criminel de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne concorde pas toujours avec les règles de procédure criminelle.

[118] Duhamel was charged with two counts of robbery and tried separately on each count. At the first trial, his statements were ruled inadmissible and he was acquitted. The second trial took place before a different judge. Rejecting Duhamel's objections that the Crown was estopped from relitigating the issue of the voluntariness of his statements, the trial judge held a *voir dire* and admitted the statements. Duhamel was convicted.

[119] This Court upheld the conviction, holding that issue estoppel did not apply to the issue of voluntariness of an accused's statement, even though the three elements of issue estoppel were clearly made out on the facts of the case. Lamer J. explained how the application of issue estoppel to rulings on confession *voir dire*s would have undesirable consequences, given the limited right of review from such decisions:

If the statement is wrongly excluded, even through error of law, but the accused nevertheless convicted, benefit of the doctrine of *res judicata* would then be founded upon an error of law beyond the reach of redress. Indeed, the Crown has no appeal from that conviction. Similarly, if the statement is excluded through error of fact, and the accused acquitted, again the erroneous finding is beyond the reach of the courts as the Crown's right to appeal is limited to matters of law.

If mutuality is introduced, matters are even worse. A statement wrongfully admitted in proceedings resulting in an acquittal would follow and prejudice an accused throughout all of his other trials. [p. 563]

[120] Therefore, as we can see, the concept of issue estoppel may have been transposed into Canadian criminal law, but not without serious mutation — from the start, the mutuality requirement had to be excised to accord with our system of criminal justice. In addition, the fundamental incompatibility of issue estoppel with the rules of criminal procedure quickly became apparent. In order to find harmony with the presumption of innocence and the Crown's burden in a criminal trial, issue estoppel

[118] Monsieur Duhamel avait été accusé de deux chefs de vol qualifié, et un procès distinct s'est tenu pour chacun. Ses déclarations ont été jugées inadmissibles lors du premier procès et il a été acquitté. Le second procès a été instruit par un autre juge, qui a rejeté l'objection de M. Duhamel selon laquelle le ministère public ne pouvait remettre en cause la question du caractère volontaire de ses déclarations, a procédé à un voir-dire et a admis les déclarations. Monsieur Duhamel a été déclaré coupable.

[119] Notre Cour a maintenu la déclaration de culpabilité, statuant que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'appliquait pas à la question du caractère volontaire des déclarations d'un accusé même si les faits en cause démontraient que les trois éléments de la préclusion étaient clairement établis. Le juge Lamer a exposé les conséquences indésirables qu'entraînerait l'application de cette forme de préclusion aux voir-dire relatifs à des aveux, à cause des possibilités limitées de révision de telles décisions :

Si la déclaration est écartée à tort, même à cause d'une erreur de droit, et que l'accusé est quand même déclaré coupable, l'avantage du principe de la chose jugée serait alors fondé sur une erreur de droit impossible à rectifier. En effet, la poursuite n'a aucun droit d'appel à l'encontre de cette déclaration de culpabilité. De même, si la déclaration est écartée à cause d'une erreur de fait, et que l'accusé est acquitté, là encore la décision erronée se trouve hors de la portée des tribunaux puisque le droit d'appel de la poursuite se limite aux questions de droit.

Si l'on introduit la réciprocité, les choses sont encore pires. Une déclaration admise à tort dans des procédures qui aboutiraient à un acquittement suivrait l'accusé et lui nuirait dans tous ses autres procès. [p. 563]

[120] Ainsi, comme on peut le voir, le concept de préclusion découlant d'une question déjà tranchée a pu être transposé en droit criminel canadien, mais non sans de profonds changements. Dès le départ, il a fallu en détacher l'exigence de réciprocité pour le faire concorder avec notre système de justice criminelle. En outre, l'incompatibilité fondamentale du concept avec les règles de procédure criminelle s'est manifestée rapidement. L'effort d'harmonisation avec la présomption d'innocence et le

has become an entirely one-sided doctrine in the criminal context, understood and applied solely to estop the Crown from relitigating issues previously decided in favour of an accused. Since mutuality can hardly be viewed as merely an incidental feature of issue estoppel, its elimination in the criminal context means that we are at the outset dealing with a concept inherently different from that applied in the civil context. I turn next to the remaining elements of issue estoppel.

5.4 *The Same Question Requirement*

[121] The same question requirement for issue estoppel (as opposed to “cause of action estoppel” which is not relevant to our discussion) will be met when the question sought to be estopped has been “distinctly put in issue and directly determined” by a court of competent jurisdiction in a prior proceeding: *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420 (Ont. S.C., App. Div.), at p. 422, quoted in *Danyluk*, at para. 24. In order to satisfy this test, the question must not only have been distinctly put in issue in the earlier proceeding, it must have been “fundamental to the decision arrived at”: *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at p. 255. It must also be clear that the question was determined in favour of the moving party. This Court in *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798, at p. 807, adopted the following statement from M. L. Friedland, *Double Jeopardy* (1969), at p. 134:

The possibility or even the probability that the jury found in the accused’s favour on a particular issue is not enough. A finding on the relevant issue must be the only rational explanation of the verdict of the jury.

[122] Determining whether a question was distinctly put in issue and clearly determined in a prior

fardeau qui pèse sur le ministère public dans une instance criminelle ont transformé cette préclusion en une doctrine à sens unique, perçue et appliquée simplement comme une interdiction, pour le ministère public, de remettre en cause des questions ayant déjà fait l’objet d’une décision favorable à l’accusé. Comme l’exigence de réciprocité peut difficilement être considérée comme un élément marginal de cette préclusion, son élimination en contexte criminel indique que nous nous trouvons d’emblée devant un concept intrinsèquement différent de celui qui s’applique en matière civile. J’en viens à présent à l’examen des autres éléments de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

5.4 *L’exigence relative à l’identité de la question*

[121] Dans le cas de la « préclusion découlant d’une question déjà tranchée » (par opposition à la « préclusion fondée sur la cause d’action », qui ne nous concerne pas en l’espèce), il est satisfait à l’exigence relative à l’identité de la question lorsque la question dont on veut empêcher la remise en cause a été [TRADUCTION] « distinctement mis[e] en cause et directement réglé[e] » par un tribunal compétent dans une instance antérieure : *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420 (C.S. Ont., Div. app.), p. 422, cité dans *Danyluk*, par. 24. Pour que ce critère soit respecté, il ne suffit pas que la question ait été distinctement mise en cause dans l’instance antérieure, il faut également qu’elle ait été « fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé » : *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, p. 255. Il doit également être clair que la décision sur la question était favorable à la partie qui invoque la préclusion. Dans *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798, p. 807, notre Cour a fait sienne la formulation suivante, tirée de M. L. Friedland, *Double Jeopardy* (1969), p. 134 :

[TRADUCTION] La possibilité ou même la probabilité que le jury ait conclu en faveur de l’accusé sur un point particulier ne suffit pas. Une conclusion sur le point pertinent doit être la seule explication rationnelle du verdict du jury.

[122] Il peut parfois se révéler difficile de déterminer si une question a été distinctement mise en

proceeding can prove difficult at times, even in the context of a civil action with its precise system of pleadings and, in the vast majority of cases, with the assistance of a reasoned judgment delivered by a judge sitting alone. The exercise is rendered considerably more difficult in the criminal context as a result of the nature of criminal proceedings. The pleading is a simple “guilty” or “not guilty”. Likewise, the proceeding is focussed on the question whether the accused is guilty or not guilty of the offence charged, not on an array of distinct issues as often is the case in a civil proceeding. Furthermore, in a jury trial, the final decision is delivered in the form of an *unexplained* verdict of “guilty” or “not guilty”, making it extremely difficult to identify with certainty whether or not the issue sought to be estopped has been finally decided.

[123] Of course, it will be possible at times to determine from the record whether a distinct question was finally determined in favour of the accused in a criminal proceeding. When the alleged estoppel originates from a trial by judge alone, it may be clear from the reasons for judgment. In a jury trial, as this Court explained in *Gushue*, a detailed examination of the trial judge’s charge to the jury may assist in defining the issues at play. When the individual evidential issue in question constitutes one of the essential elements of the criminal offence and the verdict is guilty, it may be taken to have been “distinctly put in issue and directly determined” (*McIntosh*, at p. 422). That being said, many evidential issues do not constitute essential elements of the offence, in which case even a verdict of guilty may not say much about how a particular issue was determined. The difficulties are further exacerbated in the context of acquittals. As Professor Peter Mirfield notes:

While a conviction must, logically, mean that the tribunal of fact has found certain definite facts to be proved beyond reasonable doubt, an acquittal may be simply

cause et directement réglée dans une instance antérieure, même en contexte civil, où les règles régissant les actes de procédure écrite sont pourtant très précises, et où, dans la vaste majorité des cas, l’on peut compter sur des jugements bien motivés rendus par des juges siégeant seuls. La nature de l’instance criminelle, toutefois, rend cet exercice sensiblement plus difficile. L’acte de procédure se limite au plaidoyer de culpabilité ou de non-culpabilité, et l’instance est axée sur la question de la culpabilité ou de l’innocence de l’accusé à l’égard de l’accusation, non sur un éventail de questions distinctes, comme c’est souvent le cas en matière civile. En outre, dans un procès devant jury, la décision définitive prend la forme d’un verdict de « culpabilité » ou de « non-culpabilité », rendu *sans explication*, de sorte qu’il est extrêmement difficile de déterminer avec certitude si la question dont on cherche à empêcher la remise en cause a fait l’objet d’une décision définitive.

[123] Dans certains cas, le dossier permettra, bien sûr, d’établir si une décision définitive favorable à l’accusé a été rendue sur une question particulière. Lorsqu’une décision rendue dans un procès devant juge seul fonde la préclusion invoquée, elle peut ressortir clairement des motifs du jugement. Dans un procès par jury, un examen attentif des directives au jury peut aider à définir les questions en jeu, ainsi que notre Cour l’a indiqué dans *Gushue*. Lorsque la question de preuve en cause constitue l’un des éléments essentiels de l’infraction et que le jury déclare l’accusé coupable, on peut considérer qu’elle a été « distinctement mis[e] en cause et directement réglé[e] » (*McIntosh*, p. 422). Beaucoup de questions de preuve, cependant, ne constituent pas des éléments essentiels de l’infraction, ce qui fait que même un verdict de culpabilité ne renseigne pas beaucoup sur la décision rendue sur une question particulière. Lorsqu’il y a acquittement, la situation est encore plus compliquée. Comme le professeur Peter Mirfield le fait remarquer :

[TRADUCTION] Bien qu’en toute logique une déclaration de culpabilité doit signifier que le juge des faits a conclu que des faits précis ont été prouvés hors de tout

a declaration of non-satisfaction involving no definite findings of fact.

(“Shedding a Tear for Issue Estoppel”, [1980] *Crim. L.R.* 336, at p. 343)

[124] Of course, the fact that significant difficulties may be encountered in deciding whether a particular issue was effectively determined in a prior criminal proceeding does not, in and of itself, necessarily militate against the retention of issue estoppel in criminal law. However, in my view, it does signal that issue estoppel may not be a suitable mechanism to address concerns arising from relitigation in the criminal context. After all, the accused’s need for protection against unjustified relitigation will usually be more acute when the prior adjudication has resulted in an acquittal. Yet, as we have seen, it is in precisely that context that defining the issue to be estopped proves most difficult.

[125] Because *res judicata*, at its core, aims to prevent unjustified or abusive relitigation, the doctrine of abuse of process easily comes to mind as an alternative mechanism that may prove more suitable in some circumstances. *Grdic* itself provides a good illustration.

[126] *Grdic* was charged with impaired driving and driving with a blood alcohol level over .08. The arresting officer testified that he stopped *Grdic* on the day in question and a breathalyzer certificate showed that he had provided two breath samples, both over .08. *Grdic*’s defence at trial was mistaken identity. After hearing his alibi evidence, the trial judge acquitted him on both counts, stating as follows (at p. 813):

It is quite apparent that perjury has been committed in this Court room. I think it is not up to me to resolve that problem. I think it is up to somebody else and I dismiss both counts.

doute raisonnable, un acquittement peut n’être qu’une déclaration de doute ne comportant aucune conclusion de fait particulière.

(« Shedding a Tear for Issue Estoppel », [1980] *Crim. L.R.* 336, p. 343)

[124] Certes, la difficulté d’établir si une question particulière a effectivement été tranchée dans une instance criminelle antérieure ne constitue pas en soi une raison de ne pas conserver la préclusion découlant d’une question déjà tranchée en droit criminel. J’estime toutefois qu’elle signale la possibilité que cette préclusion ne soit pas le mécanisme approprié pour répondre à la problématique de la remise en cause en contexte criminel. Après tout, le besoin de protection de l’accusé contre la remise en cause injustifiée se fera habituellement sentir de façon plus aigüe lorsqu’il y aura eu acquittement dans l’instance antérieure. Pourtant, c’est précisément dans ce contexte, comme nous l’avons vu, qu’il est le plus difficile de définir la question fondant la préclusion.

[125] Parce que la doctrine de la chose jugée vise essentiellement à empêcher les remises en cause injustifiées ou abusives, on pense naturellement que celle de l’abus de procédure pourrait constituer une solution de remplacement plus adaptée dans certaines circonstances. L’arrêt *Grdic* lui-même en fournit une bonne illustration.

[126] Monsieur *Grdic* avait été accusé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec un taux d’alcoolémie supérieur à 0,08. Le policier ayant procédé à l’arrestation a témoigné qu’il avait arrêté M. *Grdic*, et un certificat d’ivressomètre établissant que M. *Grdic* avait fourni deux échantillons d’haleine indiquant un taux d’alcoolémie supérieur à 0,08 avait été mis en preuve. Monsieur *Grdic* a plaidé qu’il y avait erreur sur la personne. Après avoir entendu sa preuve d’alibi, le juge du procès l’a acquitté des deux chefs d’accusation, déclarant ce qui suit (p. 813) :

[TRADUCTION] Il est bien évident qu’il y a eu perjury en cette Cour. J’estime toutefois que ce n’est pas à moi de résoudre ce problème. Cette tâche appartient à quelqu’un d’autre et je rejette les deux chefs d’accusation.

[127] At the subsequent trial for perjury in respect of his alibi testimony, Grdic was acquitted on the basis of issue estoppel. The trial judge held that the issue before him — the truthfulness of Grdic’s alibi — had been conclusively determined in his favour at the earlier trial. This ruling was overturned on appeal but restored by a majority decision of this Court, finding that issue estoppel was indeed available to Grdic.

[128] The Court was divided on whether it had been finally determined in the prior proceeding that Grdic was not driving the vehicle at the time in question. Lamer J., writing for the majority, was of the opinion that the question had been finally determined in the accused’s favour. He explained as follows (at p. 826):

The accused, by his defence, is saying: the breathalyzer test taken that evening cannot be mine because I could not be there since I was at home.

The only avenue of acquittal open to the trial court, therefore, given that defence and the nature of the case, was a finding by the trial judge that there was reasonable doubt that the appellant was the person investigated at 6:30 p.m. That issue, subject to certain exceptions, cannot be re-litigated, because, as a matter of law *for the purpose of the application of the doctrine of res judicata*, there has been made in his favour a finding that he was not driving his car at 6:30 p.m. [Emphasis in original.]

Wilson J., in dissent, disagreed that the question whether Grdic was the person driving the car at 6:30 p.m. had been determined in his favour. On the contrary, she was of the view that the trial judge “expressly refrained from making any finding on that issue” (pp. 817-18). In reaching this conclusion, Wilson J. emphasized that the necessary finding of fact must be explicit in the initial verdict in order to properly ground an estoppel. She explained:

Such facts must be perceived as having been affirmatively found by the original court and cannot be such as must be gathered only inferentially from the initial verdict or as to the finding of which the initial verdict reflects only a reasonable doubt. [p. 821]

[127] Au procès subséquent sur l’accusation de parjure portée en rapport avec sa preuve d’alibi, M. Grdic a été acquitté, le juge du procès concluant que la question dont il était saisi — la véracité de la preuve d’alibi — avait été tranchée en faveur de l’accusé lors du procès antérieur et qu’il y avait préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Ce verdict a été infirmé en appel, mais il a été rétabli par une décision majoritaire de notre Cour statuant que M. Grdic pouvait invoquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

[128] La Cour était partagée sur la question de savoir si le jugement antérieur avait définitivement établi que M. Grdic ne conduisait pas le véhicule au moment en question. Le juge Lamer, s’exprimant au nom de la majorité, a formulé l’opinion que la question avait été définitivement réglée en faveur de l’accusé, expliquant ainsi sa position (p. 826) :

Dans sa défense, l’accusé dit ce qui suit : les alcootests pris ce soir-là ne peuvent être les miens, car je n’étais pas là puisque j’étais chez moi.

Vu ce moyen de défense et la nature de l’affaire, le juge du procès ne pouvait prononcer un acquittement que s’il concluait qu’il existait un doute raisonnable quant à savoir si l’appelant était la personne testée à 18 h 30. Sous réserve de certaines exceptions, le procès ne peut être rouvert sur cette question parce qu’en droit, *aux fins de l’application du principe de la res judicata*, il existe une conclusion en faveur de l’appelant que ce n’était pas lui qui conduisait l’automobile à 18 h 30. [En italique dans l’original.]

La juge Wilson, dissidente, n’était pas d’avis que la question de savoir si M. Grdic était bien la personne conduisant le véhicule à 18 h 30 avait été tranchée en faveur de ce dernier. Elle a estimé, au contraire, que le juge du procès « s’est expressément abstenu de se prononcer sur cette question » (p. 818), soulignant que la nécessaire conclusion de fait doit être explicite dans le verdict initial pour donner ouverture à la préclusion. Elle a expliqué ce qui suit :

Ces faits doivent être considérés comme ayant été clairement établis par la première cour; il ne peut s’agir de faits qui doivent être inférés du verdict initial ou relativement auxquels ce verdict ne traduit qu’un doute raisonnable. [p. 821]

[129] Of course, issue estoppel cannot be invoked by an accused if the issue was determined in his favour as a result of fraud, perjured testimony being one such instance. However, the Court held that it was not open to the Crown on a perjury trial to relitigate an issue finally decided in favour of the accused unless it is tendering, in addition to or in lieu of the evidence previously adduced, evidence that was not available by the exercise of reasonable diligence at the time of the first trial. Here, the evidence relevant to the falsity of Grdic's alibi was available to the Crown at the time of the original trial. Although the Crown was taken by surprise by the appellant's alibi, it could have introduced the evidence necessary to disprove his alibi on rebuttal but chose not to do so. In these circumstances, the Crown was precluded from prosecuting the accused on the charge of perjury.

[130] While the parties' argument and, in turn, the Court's analysis were couched in terms of issue estoppel, it is my view that the same result could have been reached by applying the doctrine of abuse of process. The Court, in essence, held that the Crown could not withhold available rebuttal evidence that went to the central issue at trial — whether Grdic was driving the vehicle at the time in question — because to do so would amount to the Crown lying in wait to spring this evidence against the accused on a subsequent charge for perjury. A perjury charge cannot be a colourable attempt to retry the accused.

[131] The ultimate concern in cases such as *Grdic* is not so much the prevention of unnecessary relitigation of particular factual issues but the prevention of the abusive prosecution itself. In cases that fall outside the ambit of the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* and s. 11(h) of the *Charter*, such as *Grdic*, it is my view that the doctrine of abuse of process can provide a more effective and principled mechanism for guarding against abusive prosecutions.

[132] Short of barring the entire proceeding, issue estoppel has been invoked to bar the admission of

[129] Bien entendu, un accusé ne peut invoquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en sa faveur si cette décision résulte de la fraude — le parjure entrant dans cette catégorie. Toutefois, la Cour a statué que le ministère public ne pouvait, lors d'un procès pour parjure, remettre en cause une question tranchée définitivement en faveur de l'accusé, à moins qu'il ne présente, au lieu des éléments de preuves déjà fournis ou en plus de ceux-ci, des éléments de preuve qu'il n'avait pu obtenir par diligence raisonnable lors du premier procès. Or, le ministère public aurait pu se procurer la preuve relative à la fausseté de l'alibi de M. Grdic au moment du premier procès. Bien que l'alibi de l'appelant eût pris le ministère public par surprise, ce dernier aurait pu présenter la contre-preuve nécessaire pour réfuter l'alibi, mais il ne l'a pas fait. Dans ces circonstances, le ministère public ne pouvait poursuivre l'accusé pour parjure.

[130] Bien que l'argumentation des parties et, par la suite, l'analyse de la Cour, aient été présentées en fonction de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, il aurait été possible, selon moi, de parvenir au même résultat en appliquant la doctrine de l'abus de procédure. Essentiellement, la Cour a statué que le ministère public ne peut retenir une contre-preuve existante se rapportant à la question fondamentale du procès — si M. Grdic conduisait la voiture à ce moment-là — parce qu'un tel geste équivaldrait à attendre pour surprendre l'accusé lors du procès subséquent pour parjure. Une accusation de parjure ne peut être un moyen déguisé de poursuivre de nouveau un accusé.

[131] Dans des affaires semblables à *Grdic*, on ne cherche pas tant à prévenir des remises en cause inutiles de questions de fait particulières qu'à empêcher les poursuites abusives elles-mêmes. J'estime que, pour les cas ne donnant pas ouverture aux plaidoyers d'*autrefois acquit* ou d'*autrefois convict* ou à l'application de l'al. 11(h) de la *Charte*, comme l'affaire *Grdic*, la doctrine de l'abus de procédure peut offrir un moyen de protection plus efficace et mieux structuré contre les poursuites abusives.

[132] La préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été invoquée pour empêcher, sinon la

particular items of evidence in a criminal trial. One area where the application of issue estoppel has proven particularly unprincipled is in respect of similar fact evidence. Indeed, the absolute bar against admission of similar fact acquittal evidence in a subsequent criminal proceeding, as adopted by some Canadian courts, has been the subject of much academic criticism. See: L. Stuesser, “Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence” (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488; W. Gorman, “Multiple Count Indictments and the Impact of the Accused Being Acquitted on a Count Subsequently Used as Similar Fact Evidence” (1994), 30 C.R. (4th) 222; J.-G. Boilard, *Guide to Criminal Evidence*, vol. 1 (loose-leaf), at pp. 4-130 and 4-131; D. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at pp. 56-57. The application of issue estoppel as an absolute rule precluding the admission of prior acquittal evidence in all cases regardless of context is inconsistent with the basic rule favouring the admission of all relevant evidence, subject to countervailing concerns. Stuesser explains (at p. 490):

Truth is our ultimate goal in a criminal trial. As Justice McLachlin said in *R. v. Seaboyer*, “It is fundamental to our system of justice that the rules of evidence should permit the judge and jury to get at the truth and properly determine the issues.” The imposition of an absolute bar may exclude highly probative evidence and this runs counter to the trend in the law of evidence where flexibility is favoured over rigid rules of exclusion. Today categorical rules of exclusion are few. [Citation omitted.]

[133] That is not to say that an acquittal should have no bearing on the admissibility of its underlying evidence in a subsequent criminal proceeding, but again, issue estoppel has not proven the optimum analytical framework for deciding questions of admissibility in this context. The difficulties arising from the application of issue estoppel to assess the admissibility of similar fact evidence are better explained in the discussion of the last of the

poursuite elle-même, du moins l’admission de certains éléments de preuve dans des procès criminels. L’application de cette préclusion s’est révélée particulièrement désordonnée en matière de preuve de faits similaires. En effet, le principe de l’inadmissibilité absolue de l’acquiescement comme preuve de faits similaires dans un procès criminel subséquent, qui est appliqué par certains tribunaux canadiens, a suscité de nombreuses critiques chez les auteurs (voir L. Stuesser, « Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence » (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488; W. Gorman, « Multiple Count Indictments and the Impact of the Accused Being Acquitted on a Count Subsequently Used as Similar Fact Evidence » (1994), 30 C.R. (4th) 222; J.-G. Boilard, *Manuel de preuve pénale*, vol. 1 (feuilles mobiles), p. 4-130.1 et 4-130.2; D. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4^e éd. 2005), p. 56-57. L’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée en tant que règle absolue interdisant l’admission de la preuve d’acquiescement antérieur quel que soit le contexte n’est pas compatible avec la règle fondamentale favorisant l’admission de tout élément de preuve pertinent, sous réserve de préoccupations s’y opposant. Stuesser explique ce qui suit (p. 490) :

[TRADUCTION] Le but essentiel vers lequel tend le procès criminel est la vérité. Comme la juge McLachlin l’a indiqué dans *R. c. Seaboyer*, « [c]’est un principe fondamental de notre système de justice que les règles de preuve doivent permettre au juge et au jury de découvrir la vérité et de bien trancher les questions en litige ». Une interdiction absolue peut entraîner l’exclusion d’éléments de preuve d’une grande valeur probante, alors que le droit de la preuve tend à privilégier la souplesse plutôt que les règles d’exclusion rigides. Il y a peu de règles d’exclusion catégoriques aujourd’hui. [Citation omise.]

[133] Cela ne veut pas dire qu’un acquiescement ne devrait avoir aucune incidence sur l’admissibilité dans une instance criminelle postérieure des éléments de preuve qui le sous-tendent mais, là encore, la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne s’est pas révélée le meilleur des cadres analytiques pour trancher les questions d’admissibilité dans ce contexte. Les difficultés que pose l’application de cette préclusion lorsqu’il s’agit

three preconditions for issue estoppel — the finality requirement.

5.5 *The Finality Requirement*

[134] In order to raise an estoppel, the issue in question must have been conclusively determined as between the parties in a prior proceeding. Determining whether a decision is final for the purpose of issue estoppel has raised some controversy in the case law, even in the context of civil litigation. For example, the law does not appear settled concerning the effect of the appeal process on the question of finality. Of particular relevance here, however, is the layer of complexity added to the finality assessment by virtue of the varying burdens of proof applicable at different stages of a criminal proceeding.

[135] As we know, the essential elements of the offence and the ultimate verdict must be proven beyond a reasonable doubt to ground a conviction in a criminal trial. However, that standard does not apply to individual items of evidence: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. Rather, the decision on the elements of the offence, and thereby the ultimate verdict, is the result of a cumulative pooling of the individual items of evidence. We have already seen how the criminal burden of proof raises difficulties in identifying whether precise issues were determined in the prior proceeding, particularly in the case of acquittals. Even where the question to be estopped can be determined with sufficient precision, the burden of proof also impacts the finality requirement — again, particularly in the case of acquittals. Because the burden of proof in a criminal trial is beyond a reasonable doubt, a verdict of “not guilty” encompasses a broad range of circumstances, from factual innocence to proof just short of beyond a reasonable doubt. To ignore this reality is to disregard a foundational aspect of our criminal law system. Taking account of the many shades of doubt upon which a verdict of “not guilty” could reasonably be based, however, complicates the

d'évaluer l'admissibilité de la preuve de faits similaires seront mieux mises en lumière dans l'examen de la dernière des trois conditions d'application de cette forme de préclusion — l'exigence du caractère définitif.

5.5 *L'exigence du caractère définitif*

[134] Pour qu'une question déjà tranchée puisse entraîner la préclusion, la question doit avoir été tranchée de façon définitive à l'égard des parties dans une instance antérieure. L'appréciation du caractère définitif de décisions pour l'application de cette préclusion a donné lieu à des différends jurisprudentiels, même en matière civile. Par exemple, il semble que la jurisprudence ne soit pas fixée sur la question de l'effet du processus d'appel sur le caractère définitif des décisions. Le degré de complexité qu'ajoute à l'appréciation du caractère définitif la diversité des fardeaux de preuve applicables à différentes étapes d'une instance criminelle, toutefois, revêt une pertinence particulière en l'espèce.

[135] Comme on le sait, les éléments essentiels de l'infraction et du verdict final doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable pour qu'il y ait déclaration de culpabilité dans un procès criminel. Toutefois, cette norme de preuve ne s'applique pas aux éléments de preuve individuels : *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. C'est plutôt l'accumulation des éléments de preuve individuels qui amène à la décision sur les éléments de l'infraction et, par conséquent, au verdict final. Nous avons déjà vu comment le fardeau de preuve en matière criminelle complique la tâche d'établir si des questions précises ont été tranchées dans l'instance antérieure, en particulier lorsqu'il y a acquittement. Même lorsque la question qu'on cherche à frapper de préclusion peut être définie avec assez de précision, le fardeau de preuve influe sur l'exigence du caractère définitif — et plus particulièrement, encore une fois, lorsqu'il y a acquittement. Parce que la norme de preuve en matière criminelle est la preuve hors de tout doute raisonnable, un verdict de « non-culpabilité » recouvre un large éventail de circonstances, de l'innocence factuelle jusqu'à la preuve établie presque hors de tout doute raisonnable. Fermer les yeux sur cette réalité équivaut à faire fi d'un aspect fondamental de

finality assessment for the purposes of issue estoppel considerably. What degree of proof is required in a criminal proceeding to give rise to estoppel on a particular issue in a subsequent proceeding?

[136] The reality that a verdict of “not guilty” may not, from an evidentiary standpoint, be equivalent to a finding of innocence is reflected in the application of issue estoppel in the civil context. A civil action based on criminal wrongdoing is not barred by an acquittal in the criminal court. Indeed, the weight of present authority appears to be reflected in the decision *Rizzo v. Hanover Insurance Co.* (1993), 14 O.R. (3d) 98 (C.A.), where the court ruled that a verdict of acquittal is not admissible in a subsequent civil trial to prove that the party did not commit the impugned act. As noted by Catzman J.A. (at p. 102):

Eminent Canadian, British and American text writers are unanimous in the view that evidence of a verdict of acquittal in a criminal trial is inadmissible in a subsequent civil trial as proof that the party did not commit the offence: see Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Markham: Butterworths, 1992), at p. 1045; Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4 (Chadbourn rev., 1972), para. 1346a and vol. 5 (Chadbourn rev., 1974), para. 1671a; *McCormick on Evidence*, 4th ed., vol. 2 (1992), para. 298, at pp. 298-99; *Jones on Evidence*, 6th ed., vol. 2 (1972), para. 12:25, at pp. 388-91; *Cross on Evidence*, 7th ed. (1990), p. 107.

[137] The finality of an acquittal for the purposes of criminal law, of course, raises different considerations, including those of a constitutional character. Much of the controversy in this area of the law arises from the following often-quoted statement by Lamer J. in *Grdic* on the meaning of an acquittal in Canadian law:

notre système de droit criminel. Cependant, la prise en compte des nombreuses nuances de doute pouvant raisonnablement fonder un verdict de « non-culpabilité » complique considérablement l'appréciation du caractère définitif des décisions que requiert l'application de la préclusion d'une question déjà tranchée. Quel degré de preuve est nécessaire, dans une instance criminelle, pour que la préclusion puisse être invoquée sur une question particulière dans une instance subséquente?

[136] L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en contexte civil illustre le fait qu'au plan de la preuve, on ne puisse assimiler un verdict de « non-culpabilité » à une conclusion d'innocence. Une action civile fondée sur une faute criminelle n'est pas irrecevable du fait que le tribunal criminel a conclu à l'acquittal. De fait, l'arrêt *Rizzo c. Hanover Insurance Co.* (1993), 14 O.R. (3d) 98 (C.A.), dans lequel la cour a statué qu'un verdict d'acquittal n'est pas admissible dans une instance civile subséquente pour prouver que la partie n'a pas commis l'acte reproché, semble exprimer l'opinion jurisprudentielle dominante à l'heure actuelle. Comme l'a indiqué le juge d'appel Catzman (p. 102) :

[TRADUCTION] D'éminents auteurs canadiens, britanniques et américains ont tous exprimé l'opinion que la preuve d'un verdict d'acquittal prononcé dans une affaire criminelle n'est pas admissible dans une instance civile subséquente pour établir que la partie n'a pas commis l'infraction : voir Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Markham : Butterworths, 1992), p. 1045; Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4 (Chadbourn rev., 1972), par. 1346a et vol. 5 (Chadbourn rev., 1974), par. 1671a; *McCormick on Evidence*, 4^e éd., vol. 2 (1992), par. 298, p. 298-299; *Jones on Evidence*, 6^e éd., vol. 2 (1972), par. 12:25, p. 388-391; *Cross on Evidence*, 7^e éd. (1990), p. 107.

[137] Le caractère définitif d'un acquittal pour les fins du droit criminel fait, bien sûr, intervenir des considérations différentes, dont des considérations d'ordre constitutionnel. La controverse dans ce domaine du droit découle en grande partie de la déclaration fréquemment citée du juge Lamer dans l'arrêt *Grdic* à propos du sens d'un acquittal en droit criminel canadien :

There are not different kinds of acquittals and, on that point, I share the view that “as a matter of fundamental policy in the administration of the criminal law it must be accepted by the Crown in a subsequent criminal proceeding that an acquittal is the equivalent to a finding of innocence” (see Friedland, *Double Jeopardy* (1969), at p. 129; also Chitty i, 648; *R. v. Plummer*, [1902] 2 K.B. 339 at p. 349). To reach behind the acquittal, to qualify it, is in effect to introduce the verdict of “not proven”, which is not, has never been, and should not be part of our law. [Emphasis added; p. 825.]

[138] This statement requires elaboration. In the context of the protection against double jeopardy, it is beyond question that the law does not reach behind an acquittal. It matters not on what basis the accused is acquitted. As between the state and the accused, the determination is final. This protection against double jeopardy is not only well entrenched in the common law, it is now embodied in s. 11(h) of the *Charter*:

11. Any person charged with an offence has the right

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again;

It also finds expression in the now-codified special pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* under s. 607 of the *Criminal Code*. To say that “an acquittal is the equivalent to a finding of innocence” *for all purposes*, however, does not reflect the state of the law (*Grdic*, at p. 825).

[139] Indeed, after adopting Friedland’s statement on the meaning of an acquittal quoted above, Lamer J. in *Grdic* expounded on the effect of an acquittal for the purpose of *res judicata* as follows:

However, this does not mean that, for the purpose of the application of the doctrine of *res judicata*, the Crown is estopped from re-litigating all or any of the

Il n’existe pas différentes sortes d’acquittements et, à cet égard, je souscris au point de vue selon lequel [TRADUCTION] « le ministère public doit accepter en tant que principe fondamental de l’administration du droit criminel que, dans une poursuite criminelle subséquente, un acquittement équivaut à une déclaration d’innocence » (voir Friedland, *Double Jeopardy* (1969), à la p. 129; voir aussi Chitty i, 648; et *R. v. Plummer*, [1902] 2 K.B. 339, à la p. 349). Aller au delà de l’acquittement pour le qualifier revient en fait à introduire le verdict de « non prouvé » qui ne fait pas partie de notre droit, n’en a jamais fait partie et ne devrait pas en faire partie. [Je souligne; p. 825.]

[138] Il faut apporter des précisions à cet énoncé. Dans le contexte de la protection contre le double péril, il ne fait aucun doute que le droit ne va pas au-delà de l’acquittement. Le fondement de l’acquittement de l’accusé n’importe aucunement. Pour l’État et l’accusé, la décision est définitive. Non seulement cette protection contre le double péril est-elle fermement établie en common law, mais elle est maintenant inscrite à l’al. 11(h) de la *Charte* :

11. Tout inculpé a le droit :

h) d’une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d’autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

Elle figure également dans les moyens de défense particuliers d’*autrefois acquit* et d’*autrefois convict*, maintenant codifiés à l’art. 607 du *Code criminel*. Toutefois, l’affirmation qu’« un acquittement équivaut à une déclaration d’innocence » à tous égards ne rend pas compte de l’état du droit (*Grdic*, p. 825).

[139] En effet, après avoir fait sienne l’affirmation précitée de Friedland sur le sens de l’acquittement, le juge Lamer a expliqué comme suit dans l’arrêt *Grdic* l’effet de l’acquittement pour le besoin de l’application de la chose jugée :

Toutefois, cela ne signifie pas qu’aux fins de l’application de la doctrine de la *res judicata*, la poursuite ne peut rouvrir certaines ou toutes les questions soulevées

issues raised in the first trial. But it does mean that any issue, the resolution of which had to be in favour of the accused as a prerequisite to the acquittal, is irrevocably deemed to have been found conclusively in favour of the accused (see *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; *contra, Villemaire v. The Queen* (1962), 39 C.R. 297 at p. 300). This is so even though the judgment might well be the result of a reasonable doubt on that issue, and even when the judge has said so or expressed views that indicate clearly that his finding, though inuring to the benefit of the accused, had been arrived at with reluctance and the judge has suggested that it is not conclusively in favour of the accused. [Emphasis added; pp. 825-26.]

[140] In the years following *Grdic*, this statement was interpreted by some courts as creating an absolute bar against the admission of evidence underlying an acquittal in a subsequent proceeding, regardless of the basis for the acquittal or of the relevance of the evidence in that subsequent proceeding: see, for example, *R. v. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459 (Ont. C.A.); *R. v. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268 (Ont. C.A.); *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (Ont. C.A.). Although the language in the underlined passage above is certainly suggestive of an absolute exclusionary rule, it is not to be interpreted as such, for, as *Grdic* itself admits of an exception — a hard and fast rule excluding the admission of relevant evidence underlying a prior acquittal will not serve the ends of justice in all circumstances. Indeed, *Grdic* notes that in appropriate circumstances fraud, such as perjury, could be set up against an accused to deny him the benefit of issue estoppel (p. 827). In such cases, society's interest in prosecuting the perjurer tips the balance in favour of allowing the relitigation of an issue previously decided.

[141] As stated earlier, the application of the doctrine of *res judicata* requires a balancing of competing interests between finality of litigation on the one hand, and ensuring that justice is done in the particular circumstances of the case on the other. Absolute rules do not fit easily within this balancing exercise. It should therefore come as no

au premier procès. Mais cela signifie effectivement que toute question qui a nécessairement dû être résolue en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement est réputée de façon irrévocable avoir été tranchée définitivement en faveur de l'accusé (voir *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; à l'effet contraire *Villemaire v. The Queen* (1962), 39 C.R. 297, à la p. 300). Il en est ainsi quoique le jugement ait fort bien pu résulter d'un doute raisonnable sur cette question et même lorsque le juge dit que tel est le cas ou qu'il exprime des opinions qui révèlent clairement que ce n'est qu'avec réticence qu'il est arrivé à sa conclusion en faveur de l'accusé et qu'il laisse entendre que la décision n'est pas rendue de façon concluante en faveur de l'accusé. [Je souligne; p. 825-826.]

[140] Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Grdic*, certains tribunaux ont considéré que cet extrait créait une interdiction absolue d'admettre, dans une instance subséquente, des éléments de preuve sous-tendant un acquittement, quel que soit le fondement de l'acquittement ou la pertinence de ces éléments de preuve pour l'instance subséquente : voir, par exemple, *R. c. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459 (C.A. Ont.); *R. c. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268 (C.A. Ont.); *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (C.A. Ont.). Bien que, par sa formulation, le passage souligné de l'extrait qui précède semble certainement indiquer que l'exclusion est absolue, il ne doit pas être interprété ainsi, car une règle stricte interdisant l'admission d'éléments de preuve pertinents sous-tendant un acquittement précédent ne servira pas les fins de la justice dans toutes les circonstances, sans compter que l'arrêt *Grdic* a lui-même permis une exception. De fait, *Grdic* signale que dans certaines circonstances, la fraude, dont le parjure est une manifestation, pourrait être opposée à un accusé pour l'empêcher d'invoquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (p. 827). Dans de tels cas, l'intérêt pour la société de poursuivre les auteurs de parjure fait pencher la balance en faveur de la remise en cause d'une question ayant déjà fait l'objet d'une décision.

[141] Comme je l'ai déjà indiqué, l'application de la doctrine de la chose jugée nécessite la mise en balance des intérêts opposés que sont le maintien du caractère définitif des décisions judiciaires, d'une part, et le souci de veiller à ce que justice soit rendue dans les circonstances propres à chaque cas, d'autre part. Les règles absolues ne cadrent

surprise that the seemingly absolute proposition in *Grdic* did not find application in the subsequent case of *Arp*.

[142] It is not necessary for our purposes to review the facts or the analysis in *Arp* in any detail. It suffices to recall the following. *Arp* was tried and convicted of two counts of murder. The evidence on each count was admissible as similar fact on the other. One of the principal issues before this Court concerned the proper charge to a jury on the use it could make of similar fact evidence in arriving at its verdict on each count.

[143] Based on the reasoning that an acquittal is equivalent to a finding of innocence, *Arp* argued the following (at para. 76):

The appellant submits that if a conviction is obtained on one count in a multi-count indictment but the accused is acquitted on the other count, then the conclusion must be that the same person did not commit both offences, and the conviction is tainted to the extent that it was based on the similar fact evidence. As the appellant points out, the problem of inconsistent verdicts would disappear if the jury were directed, at the outset of their deliberations, to decide beyond a reasonable doubt whether both offences were committed by the same person.

[144] The Court rejected this argument. Cory J., in writing for the Court, affirmed the fundamental principle enunciated in *Grdic*, but rejected the notion that it created an absolute rule precluding the admission of evidence underlying a prior acquittal in a subsequent proceeding. He explained as follows (at para. 78):

The principle enunciated in *Grdic* is fundamental to our system of justice. It seeks to ensure that an accused need not repeatedly defend himself against the same allegations. Nevertheless, in certain circumstances, the fact of an accused's prior acquittal may have relevance to an ultimate issue in a subsequent trial. For

pas aisément avec une telle opération de mise en balance. Il ne faut donc pas se surprendre de ce que le principe apparemment absolu formulé dans *Grdic* n'ait pas été appliqué dans l'arrêt subséquent *Arp*.

[142] Il n'est pas nécessaire en l'espèce de procéder à un examen détaillé des faits ou de l'analyse de l'affaire *Arp*. Le résumé suivant suffira. *Arp* avait été jugé et reconnu coupable sur deux chefs d'accusation de meurtre. La preuve relative à chacun des chefs avait été jugée admissible à l'égard de l'autre à titre de preuve de faits similaires. L'une des principales questions soumises à notre Cour portait sur les directives qui devaient être données au jury concernant l'utilisation de la preuve de faits similaires pour parvenir à un verdict sur chacun des chefs.

[143] Invoquant le raisonnement selon lequel un acquittement équivaut à une déclaration d'innocence, *Arp* avait soumis l'argument suivant (par. 76) :

L'appelant prétend que, si un accusé est déclaré coupable d'un des deux chefs d'un acte d'accusation mais qu'il est acquitté de l'autre chef, il faut alors conclure que les deux infractions n'ont pas été commises par la même personne, et la déclaration de culpabilité est viciée dans la mesure où elle reposait sur une preuve de faits similaires. Comme le souligne l'appelant, le problème des verdicts incompatibles disparaîtrait si l'on invitait le jury, au début de ses délibérations, à décider hors de tout doute raisonnable si les deux infractions ont été commises par la même personne.

[144] La Cour a rejeté cet argument. Dans les motifs qu'il a rédigés pour la Cour, le juge Cory a confirmé le principe fondamental énoncé dans *Grdic*, mais il a écarté l'idée que ce principe établit une règle absolue rendant inadmissibles dans une instance les éléments de preuve soumis dans une instance antérieure ayant abouti à un acquittement. Il a donné l'explication suivante (par. 78) :

Le principe énoncé dans l'arrêt *Grdic* est fondamental pour notre système de justice. Il vise à faire en sorte qu'un accusé ne soit pas obligé de se défendre à répétition contre les mêmes allégations. Néanmoins, dans certaines circonstances, le fait qu'un accusé ait, dans le passé, été acquitté d'accusations pesant contre

example, in *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, the accused was charged with obtaining money by false pretences. He had obtained funds in exchange for a cheque that was later dishonoured. The accused was acquitted at his first trial on the basis that when he gave the cheque to the complainant, he expected to receive funds to cover it. The accused was later again indicted with obtaining money by false pretences, and at his second trial the Crown adduced the evidence of the first complainant as relevant to the accused's guilty state of mind. The court held that the evidence was properly admissible. As Widgery J. stated in *G. (an infant) v. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271 (Q.B.), at p. 276:

... it may well happen that evidence relating to the charge giving rise to the acquittal will be called on the subsequent charge, but, if it is so called, it will be called because it has relevance to the subsequent charge quite independently of any question whether the accused was guilty or innocent on the first charge.

On the basis of this reasoning, the evidence of the prior acquittal in *Ollis* was correctly admitted. It was admitted to prove intent. Even if the accused was acquitted of the first charge, the fact that he had been tried on similar charges once before went to his knowledge of wrongdoing irrespective of his guilt on the first charge. The fact of his prior trial and acquittal could be admitted for this limited purpose, but would of course require a careful instruction from the trial judge. Yet, in most situations, it will be unfair and inappropriate to admit the evidence underlying the prior acquittal as similar fact evidence in a subsequent trial of the same accused. [First and third emphasis added; second emphasis added in *Arp*.]

[145] It may be argued that the so-called “*Ollis* exception” would only permit evidence of the bare fact of the acquittal, and not the underlying evidence, to be admitted. I would not accept that argument. The bare fact of the prior acquittal in *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, would not have any significance in the subsequent proceeding without relating some of the underlying facts. Therefore, as the underlined text quoted above makes apparent, the

lui peut être pertinent à l'égard d'une question fondamentale dans un procès subséquent. Par exemple, dans *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, l'inculpé était accusé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants. Il avait obtenu des fonds en échange d'un chèque qu'on avait par la suite refusé d'accepter. Au terme du premier procès, l'accusé avait été acquitté pour le motif que, lorsqu'il avait remis le chèque au plaignant, il s'attendait à recevoir des fonds couvrant le chèque. Par la suite, l'accusé a de nouveau été inculpé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants et, au second procès, le ministère public a produit le témoignage du premier plaignant en tant que preuve pertinente à l'égard de l'état d'esprit coupable de l'accusé. La cour a statué que la preuve était admissible. Comme l'a affirmé le juge Widgery dans *G. (an infant) c. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271 (Q.B.), à la p. 276 :

[TRADUCTION] ... il peut bien arriver que la preuve relative à l'accusation qui s'est soldée par un acquittement soit produite relativement à l'accusation subséquente, mais, si tel est le cas, cette preuve sera produite parce qu'elle est pertinente à l'égard de l'accusation subséquente, indépendamment de la question de savoir si l'accusé était innocent ou coupable de la première accusation.

Suivant ce raisonnement, la preuve de l'acquittement antérieur a été à bon droit admise dans *Ollis*. Elle a été admise pour prouver l'intention. Même si l'accusé avait été acquitté de la première accusation, le fait qu'il avait déjà subi un procès relativement à des accusations similaires se rapportait à sa connaissance d'un acte fautif, indépendamment de sa culpabilité relativement à la première accusation. Son procès et son acquittement antérieurs pouvaient être admis pour cette fin limitée, mais ils exigeaient évidemment des directives minutieuses de la part du juge du procès. Néanmoins, dans la plupart des situations, il sera injuste et inopportun d'admettre une preuve sous-tendant l'acquittement antérieur en tant que preuve de faits similaires dans un procès subséquent contre le même accusé. [Premier et troisième soulignements ajoutés; deuxième soulignement ajouté dans *Arp*.]

[145] Certains peuvent prétendre que l'« exception *Ollis* » ne permet l'admission en preuve que du seul fait de l'acquittement et non des éléments de preuve sous-jacents. Je ne puis me rendre à cet argument. Dans *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, le seul fait de l'acquittement antérieur aurait été dépourvu de pertinence dans l'instance subséquente si des faits sous-jacents n'avaient pas été relatés. Par conséquent, ainsi qu'il ressort clairement des passages

question of admissibility of prior acquittal evidence will depend, not on an absolute rule barring its admissibility in all cases, but on the careful weighing of the probative value of the evidence to an ultimate issue in the subsequent proceeding, as against the unfairness of requiring the accused to repeatedly defend himself against the same allegations on the issue in question. In most cases, given the importance of maintaining the integrity of the verdict in the prior proceeding, the latter will trump. In short, as we can recognize here, the admissibility of the evidence will be determined in accordance with the familiar similar fact evidence test. I will elaborate later on how the similar fact test is entirely suited to deal with questions of admissibility in this context. But first, I return to the analysis in *Arp*.

[146] As for *Arp*'s argument that the *Grdic* principle applied to the circumstances of his case, Cory J. rejected the argument outright, stating as follows (at para. 79):

Even so, I cannot accept the proposition that the principle set out in *Grdic, supra*, applies to verdicts rendered by the same trier of fact in respect of charges tried together in a single proceeding. There is nothing unfair or logically irreconcilable about a jury having reasonable doubt whether the accused committed an act while also finding that it is likely that he committed it. There may very well be good reasons to exclude similar fact evidence underlying a prior acquittal in a subsequent proceeding. However, the principle has no application where the alleged similar acts are the subject of a multi-count indictment. There a careful instruction from the trial judge will be required. It will be necessary to explain to the jury that evidence adduced on one count upon which the jury would acquit may be used in assessing the liability on another count or counts. [Emphasis added.]

[147] Similarly, the doctrine of *res judicata*, which is intended in this context to protect an accused against *repeated* attacks in respect of matters *already* adjudicated in his favour, can have no retroactive application to impugn the *first* proceeding as contended in the case before us. As we shall

soulignés précités, l'admissibilité d'éléments de preuve se rapportant à un acquittement antérieur dépendra, non d'une règle absolue en interdisant l'admission dans tous les cas, mais d'une évaluation prudente de leur valeur probante pour une question fondamentale de l'instance subséquente par rapport à l'injustice qu'il y a à obliger un accusé à se défendre à répétition contre les mêmes allégations sur la question en cause. Compte tenu de l'importance du maintien de l'intégrité du verdict, le verdict antérieur aura le plus souvent préséance. En résumé, comme l'illustre la présente espèce, c'est le critère déjà connu appliqué en matière de preuve de faits similaires qui régira l'admissibilité de la preuve. Je préciserai plus loin en quoi ce critère est tout à fait adapté à l'examen des questions d'admissibilité se posant dans le présent contexte. Mais je veux auparavant revenir sur l'analyse élaborée dans *Arp*.

[146] Pour ce qui est de l'argument de *Arp* selon lequel le principe de l'arrêt *Grdic* s'appliquait à sa situation, le juge Cory l'a rejeté d'emblée, affirmant ce qui suit (par. 79) :

Malgré cela, je ne puis accepter la thèse voulant que le principe énoncé dans l'arrêt *Grdic*, précité, s'applique aux verdicts rendus par le même juge des faits relativement à des accusations jugées ensemble dans un même procès. Il n'y a rien d'injuste ou de logiquement irréciliable dans le fait qu'un jury ait un doute raisonnable sur la question de savoir si l'accusé a commis un acte, mais arrive également à la conclusion que l'accusé a probablement commis cet acte. Il peut très bien exister de bonnes raisons d'exclure une preuve de faits similaires sous-tendant un acquittement antérieur dans une poursuite subséquente. Toutefois, ce principe ne s'applique pas lorsque les actes similaires allégués font l'objet d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs. Dans ces cas, le juge du procès devra donner des directives minutieuses au jury. Il est nécessaire d'expliquer au jury que la preuve produite relativement à un chef d'accusation à l'égard duquel celui-ci prononce un acquittement peut être utilisée pour décider de la culpabilité à l'égard d'un ou plusieurs autres chefs. [Je souligne.]

[147] De la même façon, la doctrine de la chose jugée, qui vise dans ce contexte à protéger un accusé contre des attaques *répétitives* concernant des questions *déjà* tranchées en sa faveur, ne peut, par application rétroactive, contester le *premier* procès, comme on le prétend en l'espèce. Comme

see, if at all relevant, the principle of *res judicata* could only find application in respect of a *subsequent* proceeding.

5.6 *Conclusion on Issue Estoppel and the Criminal Law*

[148] As stated at the beginning of this analysis, the precise nature of *res judicata* and, in turn, its boundaries are difficult to establish. This uncertainty, however, is not due to any lack of clarity concerning its underlying purpose or rationales, or to any doubt about its importance to the administration of justice, whether in the civil or criminal context. Nor is the imprecision about the particulars of *res judicata* owed to faulty legal doctrine. It is attributable, rather, to the multitude and diversity of circumstances in which *res judicata* finds necessary application, and the resulting variety of forms that it assumes. The key to achieving any certainty and coherence in the law in this area is to choose the proper mechanism to suit the particular context.

[149] Issue estoppel, as a distinct and well-defined form of *res judicata* originating in the civil context, continues to serve well the ends of justice and fairness in that area of the law. However, in its transposition into the criminal law issue estoppel has proven ill-suited to address the concerns arising from relitigation in that context. As we have seen, the doctrine lost one of its three limbs from the start, and determining the other two in a principled manner has proven difficult ever since. The result has been a confused and inconsistent application of the doctrine of issue estoppel in the criminal law context. The question on this appeal is whether these inconsistencies warrant the complete elimination of the doctrine of issue estoppel from Canadian criminal law, or whether issue estoppel as it is applied in criminal proceedings retains enough principled or practical import to justify its retention.

nous le verrons, si cette doctrine de la chose jugée revêt la moindre pertinence, elle n'est applicable qu'à l'égard de l'instance *subséquente*.

5.6 *Conclusion au sujet de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en droit criminel*

[148] Comme j'en ai fait état au début de cette analyse, la nature précise de la doctrine de la chose jugée et, par la suite, ses limites, sont difficiles à établir. Cette incertitude, toutefois, n'est pas attribuable à des fins ou des raisons d'être ambiguës pas plus qu'à des doutes sur l'importance de la doctrine pour l'administration de la justice, que ce soit en matière civile ou en matière criminelle. On ne peut non plus mettre sur le compte des auteurs l'imprécision touchant les composantes de la doctrine de la chose jugée. Elle tient plutôt à la multitude et à la diversité des circonstances dans lesquelles la doctrine doit s'appliquer et à la variété des formes qu'elle prend de ce fait. La certitude et la cohérence du droit dans ce domaine dépendent donc du choix d'un mécanisme qui convient au contexte.

[149] La préclusion découlant d'une question déjà tranchée, comme forme distincte et bien définie de chose jugée ayant pris naissance en droit civil, continue de bien servir les fins de la justice et de l'équité en matière civile. Cependant, sa transposition en droit criminel n'offre pas le cadre voulu pour le règlement des problèmes de remise en cause dans ce contexte. Comme nous l'avons vu, la doctrine a dès le départ perdu l'un de ses trois éléments et, depuis lors, il s'est toujours révélé difficile de statuer de façon raisonnée sur les deux autres, de sorte que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a connu une application confuse et incohérente en matière criminelle. Le présent pourvoi pose la question de savoir si ces incohérences justifient l'élimination complète de cette doctrine du droit criminel canadien ou si, telle qu'elle est appliquée dans les instances criminelles, elle conserve assez d'importance au plan des principes et de la pratique pour qu'on la conserve.

[150] In her treatment of this question, the Chief Justice agrees that issue estoppel, as applied in criminal cases since *Grdic*, “has created perplexing difficulties” and that reform is required “beyond doubt” (para. 1). In her view, the difficulties that currently attend the application of issue estoppel in criminal cases stem primarily from the unwarranted extension of the rule to “any issue raised in a prior trial which resulted in an acquittal” and from the “view that it can operate retrospectively” as argued on this appeal (paras. 32-33 (emphasis in original)). She therefore concludes that if issue estoppel is properly understood “according to its defining features” and is narrowly confined “to the focused compass of precluding the Crown from leading evidence which is inconsistent with findings made in the accused’s favour in a previous proceeding”, the difficulties associated with its application in the criminal context largely disappear (paras. 2 and 73).

[151] I respectfully disagree that the numerous difficulties discussed earlier stem simply from a misapplication of the rule of issue estoppel. As demonstrated above, the problems that almost inevitably follow its application in the criminal context are not due to courts overextending the doctrine of issue estoppel so as to bar any issue raised in a prior trial. In fact, I know of no case that has applied the doctrine in such a way. The difficulties are rooted, rather, in the fundamental incompatibility of issue estoppel — even when applied narrowly as intended — with the particular nature and concerns inherent to criminal law proceedings. This basic misfit counsels *against* the application of issue estoppel in the criminal law in the first place. It cannot be cured by mandating strict adherence to the rule — in my respectful view, it requires rather that the concept of issue estoppel find no further application in criminal law.

[150] Dans son examen de cette question, la Juge en chef reconnaît que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, telle qu’elle est appliquée en matière criminelle depuis *Grdic*, « est source de confusion » et qu’une réforme est « incontestablement » nécessaire (par. 1). Selon elle, les difficultés d’application que connaît actuellement cette doctrine en matière criminelle découlent principalement de son extension indue à « toute question soulevée dans un procès antérieur ayant donné lieu à un acquittement » et de « la conception qu’elle peut avoir une portée rétrospective » comme on l’a soutenu en l’espèce (par. 32-33 (en italique dans l’original)). Elle conclut donc que si la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est conçue comme il se doit « en tenant compte des caractéristiques qui la définissent » et que « son champ d’application [est] limité à l’interdiction, pour le ministère public, de présenter une preuve incompatible avec des conclusions favorables à l’accusé formulées dans une instance antérieure », ses difficultés d’application en matière criminelle disparaissent en grande partie (par. 2 et 73).

[151] En toute déférence, je ne puis souscrire à l’opinion que les nombreuses difficultés évoqués précédemment découlent simplement d’une mauvaise application de la règle de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Comme on l’a vu, les problèmes qui suivent presque inévitablement son application en matière criminelle ne procèdent pas d’un élargissement indu de la doctrine de la préclusion à toute question soulevée dans un procès antérieur. En fait, il n’existe à ma connaissance aucun cas où la doctrine a été appliquée de cette façon. Le problème vient plutôt de l’incompatibilité fondamentale de cette préclusion — même appliquée restrictivement comme il se doit — avec la nature et les enjeux particuliers inhérents aux instances criminelles. Cette incompatibilité fondamentale milite *contre* l’application même de cette préclusion en droit criminel, et on ne saurait y remédier en prescrivant d’adhérer strictement à la règle. À mon avis, il faut plutôt que le concept de préclusion découlant d’une question déjà tranchée cesse de s’appliquer en droit criminel.

[152] Eliminating issue estoppel does *not* mean that no bar to abusive relitigation would exist in the criminal context. On the contrary, there is an arsenal of related criminal law concepts that are entirely more suited to meet the specific concerns that arise from the possibility of relitigation in the criminal context. Concern that the inherent discretion involved in the application of some of these concepts may not provide adequate protection for an accused, in my respectful view, is misplaced. As we have seen, issue estoppel is ultimately a discretionary exercise which itself admits of certain exceptions. It is true that a “simple, clear rule” guiding the application of issue estoppel in the criminal context would effectively “prevent issues established in one criminal proceeding from being relitigated in a subsequent proceeding” (Chief Justice’s reasons, at para. 47). However, the inherent inflexibility of an absolute rule is part of the problem. Consider the following example which essentially mirrors the fact situation in *G. (K.R.)*, a case which my colleague identifies at para. 33 of her reasons as exemplary of the over-extension of the doctrine of issue estoppel.

[153] An accused is convicted on charges of sexual assault on two children. At trial, the Crown introduces similar fact evidence through the testimony of a third child, A.B., who is not one of the complainants but who allegedly was also sexually assaulted by the accused. In convicting the accused, the trial judge expressly relies on the similar fact evidence of A.B. Subsequently, the accused is charged with sexually assaulting A.B. and is acquitted. The accused appeals his conviction. The question is whether the accused’s conviction should be overturned based on the fresh evidence of his subsequent acquittal. If the issue is framed in terms of issue estoppel, I would agree that the clear and simple answer is no, the conviction should not be overturned because the doctrine cannot apply retrospectively. Hence, an appellate court would indeed be wrong to overturn the conviction on the basis of issue estoppel.

[152] L’élimination de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée *ne* signifie *pas* que rien ne s’opposerait plus à la remise en cause en matière criminelle. Au contraire, il existe toute une panoplie de concepts connexes de droit criminel qui sont beaucoup plus indiqués pour répondre aux problèmes particuliers soulevés par la possibilité de remise en cause en matière criminelle. Il n’y a pas lieu, à mon avis, de craindre que le pouvoir discrétionnaire inhérent associé à l’application de certains de ces concepts ne protège pas suffisamment l’accusé. Comme on l’a vu, l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée constitue en bout de ligne un exercice discrétionnaire qui appelle lui-même quelques exceptions. Il est vrai qu’une « règle simple et claire » encadrant l’application de cette préclusion en matière criminelle empêcherait effectivement « la remise en cause dans un procès criminel de questions réglées dans une instance criminelle antérieure » (motifs de la Juge en chef, par. 47). Mais la rigidité inhérente d’une règle absolue fait partie du problème. Examinons l’exemple suivant, qui reprend essentiellement les faits de l’affaire *G. (K.R.)*, que ma collègue évoque au par. 33 de ses motifs à titre d’illustration de l’élargissement indu de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

[153] Un accusé a été déclaré coupable d’agression sexuelle sur la personne de deux enfants. Au procès, le ministère public a présenté une preuve de faits similaires constituée du témoignage d’un troisième enfant, A.B., qui n’était pas l’un des plaignants mais qui aurait lui aussi été agressé sexuellement par l’accusé. En déclarant l’accusé coupable, le juge du procès s’est expressément appuyé sur la preuve de faits similaires obtenue de A.B. Par la suite, l’accusé a été cité à procès pour agression sexuelle sur la personne de A.B. et il a été acquitté. L’accusé a interjeté appel de la déclaration de culpabilité antérieure. La déclaration de culpabilité aurait-elle dû être annulée sur le fondement de l’admission, à titre de nouvel élément de preuve, de la preuve de l’acquittement subséquent? Je conviens qu’en appliquant la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée la réponse claire et simple est non, il n’y aurait pas lieu de casser

In my view, however, the just outcome in this scenario requires a more nuanced approach than the absolute rule of issue estoppel can provide. I will explain.

[154] On the one hand, if the trial judge in the second trial finds that A.B. fabricated the allegation against the accused and that the alleged sexual assault never occurred, it would only be just to overturn the accused's conviction on the first trial which, in part, rested on the reliability of A.B.'s testimony. The proposed fresh evidence could well impact on the question of admissibility of A.B.'s similar fact evidence. Yet, the application of issue estoppel would not permit a court to grant this remedy to the accused because issue estoppel does not apply retrospectively. On the other hand, if the trial judge in the second trial concludes that the sexual assault on A.B. likely happened, but acquits because he is not satisfied of the accused's guilt beyond a reasonable doubt, the unavailability of issue estoppel is of no concern. There is no principled reason to overturn the conviction in the first trial. The result would be the same if all three allegations were tried together. In other words, the proposed fresh evidence, when taken with the other evidence adduced at trial, could not reasonably be expected to have affected the result.

[155] Therefore, the just outcome in this example cannot be determined by a "clear and simple" application of the rules governing issue estoppel. As explained earlier, the varying burdens of proof applicable in a criminal proceeding require a more nuanced approach. The question is therefore better determined by applying the usual *Palmer* criteria for the admissibility of fresh evidence (*Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759) and, in this

la déclaration de culpabilité parce que la doctrine ne peut s'appliquer rétrospectivement. Une cour d'appel commettrait en conséquence une erreur en annulant le verdict de culpabilité par application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. J'estime toutefois qu'il faut, pour résoudre le problème posé par ce scénario, employer une méthode plus nuancée que ce que la règle absolue de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut offrir. Je m'explique.

[154] D'un côté, si le juge du second procès conclut que A.B. a inventé l'accusation et que l'agression sexuelle alléguée n'a jamais eu lieu, il ne serait que juste d'annuler la déclaration de culpabilité prononcée au premier procès, laquelle reposait en partie sur la véracité du témoignage de A.B. Le nouvel élément de preuve pourrait fort bien avoir une incidence sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires obtenue de A.B. Pourtant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée empêcherait un tribunal d'accorder ce recours à l'accusé parce qu'elle n'est pas susceptible d'application rétrospective. Par contre, si le juge du second procès conclut qu'il y a probablement eu agression sexuelle contre A.B. mais décide d'acquitter l'accusé parce qu'il n'est pas convaincu de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable, l'inapplicabilité de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est sans importance. Il n'y a aucune raison logique d'infirmier la déclaration de culpabilité prononcée au premier procès. Le résultat serait identique si les trois accusations avaient été instruites dans le même procès. Autrement dit, on ne pourrait raisonnablement conclure que le nouvel élément de preuve qu'on souhaite présenter, considéré avec le reste de la preuve présentée, aurait pu influencer sur le résultat.

[155] En conséquence, l'application « claire et simple » des règles régissant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne permet pas de parvenir à une solution juste dans cet exemple. Comme je l'ai expliqué précédemment, les divers fardeaux de preuve applicables dans une instance criminelle appellent une approche plus nuancée. Il conviendrait donc mieux de trancher la question en appliquant les critères habituels de l'arrêt *Palmer*

example, the rules governing the admissibility of similar fact evidence.

[156] If it were necessary to redefine issue estoppel as a distinct concept for effective application in the criminal context, *res judicata*, in its widest sense, might prove sufficiently flexible to accommodate this development and, for better clarity, the concept could be given a different name. The continuation of common law rules and principles that provide justifications, excuses or defences under s. 8(3) of the *Criminal Code*, would allow this approach. However, it is neither necessary nor advisable to go down that path. Existing criminal law concepts are adequate to the task of preventing abusive prosecution in the criminal context. I now turn to the circumstances of the present case.

6. Application to This Case

[157] There was no dispute at trial that Balasingam's evidence about the phone call from Mahalingan was admissible, and understandably so. The evidence was clearly admissible. It will be helpful, however, to identify the evidentiary rule at play and explain why the evidence was admissible under that rule. As I will explain, the admissibility of this item of evidence is governed by the similar fact evidence rule. The same analytical framework will apply if the Crown seeks to adduce evidence of the alleged phone call at the new trial, albeit with a considerable shift in the balancing of factors given the intervening acquittal on the obstructing justice charge.

[158] We start from the cardinal principle of our law of evidence that any relevant information may be admitted in evidence, unless it is subject to an exclusionary rule. The evidence about the phone call was clearly relevant to an issue in the

relatifs à l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve (*Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759) et, dans cet exemple, les règles régissant l'admissibilité de la preuve de faits similaires.

[156] S'il était nécessaire de redéfinir la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en tant que concept distinct pour qu'elle s'applique efficacement en matière criminelle, la doctrine de la chose jugée, dans son acception la plus large, pourrait présenter la souplesse nécessaire pour permettre cette évolution, et l'on pourrait, pour plus de clarté, donner un nom différent à ce concept. Le maintien des règles et des principes de la common law prévus au par. 8(3) du *Code criminel* concernant les justifications, les excuses et les moyens de défense permettrait une telle évolution. Toutefois, il n'est ni nécessaire ni souhaitable de s'engager dans cette voie. Il existe des concepts de droit criminel adaptés à la prévention des poursuites criminelles abusives. J'aborde maintenant les faits de la présente espèce.

6. Application à la présente espèce

[157] Au procès, nul n'a contesté l'admissibilité du témoignage de M. Balasingam concernant l'appel téléphonique de M. Mahalingan. C'est compréhensible, car cet élément de preuve était clairement admissible. Il sera utile, toutefois, de cerner la règle de preuve applicable et d'expliquer pourquoi elle permettait de recevoir l'élément de preuve. Comme je vais l'expliquer, l'admissibilité de cet élément de preuve obéit à la règle de la preuve de faits similaires. Le même cadre analytique s'appliquera si le ministère public tente de présenter au nouveau procès une preuve relative au prétendu appel téléphonique, bien que l'acquiescement prononcé relativement à l'accusation d'entrave à la justice modifiera sensiblement l'appréciation des facteurs.

[158] L'analyse part du principe primordial de notre droit de la preuve selon lequel tout renseignement propre à prouver un fait en cause est admissible en preuve, à moins qu'une règle d'exclusion ne s'applique. Le témoignage au sujet de l'appel

case. As stated earlier, the identity of the attackers was the central issue at trial. Mahalingan's alleged apology to Balasingam over the telephone and his admission that he had come for Perinpanathan, if believed by the jury, were highly probative on the issue of identity, counselling in favour of their admission.

[159] There is, however, an exclusionary rule at play here — the “very old rule of the common law” prohibiting the prosecution from adducing “evidence of misconduct beyond what is alleged in the indictment which does no more than blacken [the accused's] character”: *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56, at paras. 31-32. As noted in *Handy*, at paras. 32-33, this general exclusionary rule dates at least as far back as *Harrison's Trial* in 1692 and was

[s]ubsequently, and most famously . . . laid down by Lord Herschell L.C. [in] *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.), in these terms, at p. 65:

It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to shew that the accused has been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried.

[160] It is clear that the rule extends not only to criminal acts, but to “similar acts” of a discreditable nature: *Handy*, at para. 34. Indeed, the rule finds its most common application in cases where the Crown seeks to introduce evidence that the accused committed discreditable acts similar to that in respect of which he is charged, hence the label “similar fact evidence rule”. However, the rule also extends to criminal or otherwise discreditable acts that bear no similarity to the offence with which the accused is charged. Marc Rosenberg, now Rosenberg J.A., provided the following useful example in an article quoted to make

téléphonique se rapportait clairement à une question en cause. Tel qu'indiqué précédemment, la principale question au procès était l'identité des agresseurs. Les excuses que M. Mahalingan avait censément présentées à M. Balasingam par téléphone et son aveu que c'est à M. Perinpanathan qu'il voulait s'en prendre avaient, si le jury y ajoutait foi, une forte valeur probante pour ce qui est de l'identité, ce qui militait en faveur de leur admission en preuve.

[159] Il existe toutefois une règle d'exclusion en l'espèce — la « très ancienne règle de common law » interdisant au ministère public de présenter une « preuve d'inconduite qui va au-delà de ce qui est allégué dans l'acte d'accusation et qui ne fait que ternir [l]a réputation » de l'accusé : *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56, par. 31-32. Comme on le fait observer aux par. 32-33 de l'arrêt *Handy*, cette règle générale d'exclusion remonte au moins au *Harrison's Trial*, en 1692 et

[p]ar la suite et de façon très remarquable, le lord chancelier Herschell a formulé la règle [. . .] en ces termes dans l'arrêt *Makin c. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (C.P.), p. 65 :

[TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que, dans le but d'obtenir la conclusion que l'accusé est, compte tenu de sa conduite ou de sa moralité, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, la poursuite ne peut pas apporter des preuves qui tendent à démontrer qu'il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l'acte d'accusation.

[160] De toute évidence, la règle ne vise pas que les actes criminels mais englobe les « faits similaires » de caractère déshonorant : *Handy*, par. 34. D'ailleurs, elle est le plus souvent appliquée dans des affaires où le ministère public cherche à soumettre des éléments de preuve établissant que l'accusé a déjà commis des actes déshonorants similaires à ceux dont il est accusé, c'est pourquoi on l'appelle la « règle de preuve de faits similaires ». Toutefois, la règle s'étend aussi aux actes criminels ou autrement déshonorants qui ne présentent pas de similitude avec l'infraction reprochée à l'accusé. Marc Rosenberg, maintenant le juge d'appel Rosenberg,

the same point in *R. v. B. (L.)* (1997), 9 C.R. (5th) 38 (Ont. C.A.), at para. 31:

[A]ssume that it can be shown that the deceased was killed by a bullet from a particular gun. The Crown wishes to introduce evidence that the day before, the accused broke into a gun store and stole that particular gun. The fact that the accused committed the disreputable act of break, enter and theft is really incidental to the case. What the Crown needs that evidence for is to show that the accused had possession of the murder weapon at a time proximate to the killing. From this the jury will be asked to infer that he had the gun at the time of the killing and therefore that he is the killer.

(“Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct”, in National Criminal Law Program, *Criminal Evidence* (1994), vol. 1, s. 8.1, at p. 4)

[161] In this example, there is no similarity between the break and enter and theft of the gun and the murder. Yet, the proposed evidence of the accused’s prior conduct is discreditable and the same evidentiary rule — the “similar fact evidence rule” — applies. This inconsistency has led several authors and courts to note that the label “similar fact evidence rule” is somewhat of a misnomer: Sopinka, Lederman and Bryant, at pp. 525-26; Paciocco and Stuesser, at p. 50; *Cross and Tapper on Evidence* (11th ed. 2007), at p. 404; *B. (L.)*, at para. 6; *R. v. Kirk* (2004), 188 C.C.C. (3d) 329 (Ont. C.A.), at para. 14; *R. v. Oldford* (1999), 139 C.C.C. (3d) 288 (Nfld. C.A.), at para. 8. However, the label is so entrenched that we still conveniently refer to the rule as the “similar fact evidence rule”. I will continue to do so here, even though, in effect, it is a character evidence rule that encompasses all evidence of discreditable conduct that falls outside the scope of the indictment.

[162] The rationale for the rule has often been repeated and needs no elaboration here. It is sufficient for our purposes to repeat Binnie J.’s succinct description of the policy basis justifying the

en a donné un exemple utile dans un article qui a été cité à l’appui de la même position dans *R. c. B. (L.)* (1997), 9 C.R. (5th) 38 (C.A. Ont.), par. 31 :

[TRADUCTION] [S]upposons que l’on puisse démontrer que la victime a été tuée d’une balle provenant d’une arme en particulier. Le ministère public veut soumettre en preuve que, la veille du meurtre, l’accusé est entré par effraction dans une armurerie et a volé cette arme. Le fait que l’accusé ait commis l’acte déshonorant d’entrer par effraction et de voler est en fait étranger à l’affaire. C’est pour démontrer que l’arme du crime était en la possession de l’accusé peu de temps avant le meurtre que le ministère public a besoin de cette preuve. On demandera au jury d’inférer de cette preuve que l’accusé avait l’arme en sa possession au moment du meurtre et que c’est donc lui l’auteur du crime.

(« Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct », dans Colloque national sur le droit criminel, *Criminal Evidence* (1994), vol. 1, art. 8.1, p. 4)

[161] Dans cet exemple, l’entrée par effraction et le vol de l’arme ne présentent aucune similitude avec le meurtre. Pourtant, la conduite antérieure de l’accusé que l’on veut mettre en preuve constitue un acte déshonorant, et la même règle de preuve — la « règle de preuve de faits similaires » — s’applique. Cette incohérence a amené plusieurs auteurs et tribunaux à souligner qu’il n’est pas tout à fait exact d’appeler cette règle la « règle de preuve de faits similaires » : Sopinka, Lederman et Bryant, p. 525-526; Paciocco et Stuesser, p. 50; *Cross and Tapper on Evidence* (11^e éd. 2007), p. 404; *B. (L.)*, par. 6; *R. c. Kirk* (2004), 188 C.C.C. (3d) 329 (C.A. Ont.), par. 14; *R. c. Oldford* (1999), 139 C.C.C. (3d) 288 (C.A.T.-N.), par. 8. Toutefois, l’expression est si consacrée que nous continuons, de façon pratique, à parler de la « règle de preuve de faits similaires », et c’est cette expression que j’emploierai ici, même s’il s’agit effectivement d’une règle de preuve de moralité qui englobe toute preuve de conduite déshonorante ne se rapportant pas à l’acte d’accusation.

[162] La raison d’être de cette règle a maintes fois été répétée et n’a pas besoin d’explication en l’espèce. Il suffira, pour notre propos, de citer le bref exposé du principe général justifiant l’exclusion de

exclusion of similar fact evidence, stated in *Handy*, at para. 37:

The policy basis for the exclusion is that while in some cases propensity inferred from similar facts may be relevant, it may also capture the attention of the trier of fact to an unwarranted degree. Its potential for prejudice, distraction and time consumption is very great and these disadvantages will almost always outweigh its probative value. It ought, in general, to form no part of the case which the accused is called on to answer. It is excluded notwithstanding the general rule that all relevant evidence is admissible: *Arp, supra*, at para. 38; *Robertson, supra*, at p. 941; *Morris, supra*, at pp. 201-2; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 613.

[163] The similar fact evidence rule therefore precludes the Crown from adducing evidence that the accused engaged in criminal or discreditable conduct beyond what is alleged in the indictment, unless it is established on a balance of probabilities that the probative value of the evidence in relation to an issue in the case outweighs its potential prejudicial effect. Much has been discussed in prior jurisprudence about relevant factors to be considered in assessing the probative value and potential prejudicial effect of evidence and it is not necessary in the context of this appeal to discuss these factors at length. Keeping in mind that no list can be exhaustive, Paciocco and Stuesser provide a useful digest of factors that have been identified in the case law in assessing the probative value and potential prejudicial effect of similar fact evidence (pp. 46-47).

[164] It is important to note, however, what is *not* meant by “prejudicial” in this context because, in its widest sense, any evidence that tends to prove guilt is prejudicial to the accused because it is detrimental to his position. Obviously, that is not the kind of prejudice targeted by the similar fact evidence rule. Professor Delisle defines the meaning of prejudice in this context succinctly as follows:

Prejudice in this context, of course, does not mean that the evidence might increase the chances of conviction

la preuve de faits similaires fait par le juge Binnie dans *Handy*, par. 37 :

La raison de politique générale justifiant l'exclusion de la preuve de propension ou de prédisposition est la suivante : bien que, dans certains cas, elle puisse être pertinente, la propension inférée de faits similaires peut aussi retenir indûment l'attention du juge des faits. Elle risque sérieusement de causer un préjudice, de détourner l'attention du jury et d'entraîner un délai excessif, et ces inconvénients l'emportent presque toujours sur sa valeur probante. En général, la propension de l'accusé ne devrait pas faire partie de la preuve qui pèse contre lui. Elle est exclue nonobstant la règle générale voulant que tout élément de preuve pertinent soit admissible : *Arp*, précité, par. 38; *Robertson*, précité, p. 941; *Morris*, précité, p. 201-202; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 613.

[163] La règle de preuve de faits similaires interdit donc au ministère public de présenter des éléments de preuve d'une conduite criminelle ou déshonorante de l'accusé qui vont au-delà de ce qui est allégué dans l'acte d'accusation, sauf s'il est établi suivant la prépondérance des probabilités que la valeur probante de ces éléments à l'égard d'une question en cause l'emporte sur leur possible effet préjudiciable. Il a beaucoup été question en jurisprudence des facteurs à prendre en compte dans l'évaluation de la valeur probante par rapport à l'effet préjudiciable possible, et il n'est pas nécessaire, pour statuer sur le présent pourvoi, d'examiner ces facteurs en profondeur. Aucune liste ne peut être exhaustive, mais Paciocco et Stuesser ont dressé un inventaire utile des facteurs qui ont été utilisés dans la jurisprudence pour procéder à cette évaluation (p. 46-47).

[164] Il importe de signaler, toutefois, ce que le terme « préjudiciable » *ne veut pas* dire dans ce contexte car, pris dans son sens le plus large, tout élément de preuve tendant à prouver la culpabilité de l'accusé lui est préjudiciable parce qu'il nuit à sa position. À l'évidence, il ne s'agit pas là du préjudice que vise la règle de la preuve de faits similaires. Le professeur Delisle précise succinctement comme suit le sens du terme préjudice dans le contexte qui nous intéresse :

[TRADUCTION] Dans ce contexte, bien sûr, préjudice ne s'entend pas du fait que la preuve puisse accroître la

but rather that the evidence might be *improperly* used by the trier of fact. It is one thing for evidence to operate unfortunately for an accused but it is quite another matter for the evidence to operate unfairly. The trier who learns of the accused's previous misconduct may view the accused as a bad man, one who deserves punishment regardless of his guilt of the instant offence and may be less critical of the evidence presently marshalled against him. [Emphasis in original.]

(J. R. Delisle, "Three Recent Decisions of the Supreme Court of Canada Affecting the Law of Similar Fact Evidence" (1992), 16 *Prov. Judges J.* 13, at p. 15; see also *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, at pp. 127-28, quoted in *B. (L.)*, at para. 22.)

[165] Balasingam's testimony about the phone call, although clearly relevant, constitutes evidence that Mahalingan committed the criminal offence of obstructing justice, a discreditable act that falls outside the scope of the indictment. The testimony is therefore a form of bad character evidence which, in theory, is subject to the general exclusionary rule. However, in the context of his trial on the attempt murder charge, Mahalingan would have had no credible basis to argue that the probative value of the evidence about the phone call was outweighed by the potential prejudicial effect of having the jury hear evidence that he may have committed the offence of obstructing justice. It is unsurprising that the admissibility of this evidence was not disputed.

[166] Therefore, the evidence about the phone call to Balasingam was properly admitted at trial and there is no reason to overturn the conviction on the ground of its admission. The proposed fresh evidence does not impact that conclusion. As explained previously, the subsequent acquittal on the charge of obstructing justice does not retroactively render this evidence inadmissible on the basis of issue estoppel. Blair J.A. was correct in refusing to give the doctrine of *res judicata* any retroactive effect as none of the principles that underlie *res judicata* find application in these circumstances.

probabilité d'une déclaration de culpabilité, mais plutôt du fait qu'elle puisse être utilisée à *mauvais escient* par le juge des faits. Le fait que la preuve ait des conséquences malheureuses pour l'accusé est une chose, mais si la preuve produit des effets inéquitables, c'est tout à fait autre chose. Le juge des faits qui est informé des écarts de conduite antérieurs de l'accusé peut considérer celui-ci comme une personne de mauvaises mœurs qui mérite une punition, qu'il soit coupable ou non de l'infraction reprochée et son esprit critique face à la preuve mobilisée contre l'accusé peut en être affaibli. [En italique dans l'original.]

(J. R. Delisle, « Three Recent Decisions of the Supreme Court of Canada Affecting the Law of Similar Fact Evidence » (1992), 16 *J.J. prov.* 13, p. 15; voir également *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, p. 127-128, cité dans *B. (L.)*, par. 22.)

[165] Le témoignage de M. Balasingam au sujet du coup de téléphone, bien qu'il soit incontestablement pertinent, constitue une preuve de la commission par M. Mahalingan de l'infraction criminelle d'entrave à la justice, un acte déshonorant qui ne se rapporte pas à l'acte d'accusation. Il s'agit donc d'une forme de preuve de mauvaise moralité soumise, en théorie, à la règle générale d'exclusion. Toutefois, dans le contexte de son procès pour tentative de meurtre, M. Mahalingan n'aurait pu asseoir sur aucun fondement crédible son argument que les effets préjudiciables pouvant résulter de la présentation au jury d'un élément de preuve indiquant qu'il pouvait s'être rendu coupable d'entrave à la justice l'emportaient sur la valeur probante du témoignage relatif à l'appel téléphonique. Il n'est pas surprenant que l'admissibilité de cette preuve n'ait pas été contestée.

[166] Par conséquent, c'est à bon droit que la preuve relative à l'appel téléphonique fait à M. Balasingam a été admise au procès, et son admission ne saurait justifier l'annulation de la déclaration de culpabilité. Le nouvel élément de preuve qu'on veut présenter est sans incidence sur cette conclusion. Comme on l'a déjà expliqué, l'acquiescement subséquent à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice ne rend pas cette preuve rétroactivement inadmissible par application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. C'est à bon droit que le juge Blair a refusé de donner un effet rétroactif

He was also correct in his conclusion on the application to introduce fresh evidence. There is nothing about the subsequent obstructing justice proceeding that undermines the reliability of the verdict on the attempt murder charge. As Blair J.A. aptly puts it at para. 89:

The same issue was not before the two triers. There is no exposure to double jeopardy. The jury in this case appropriately weighed the evidence that was properly before it, and found Mr. Mahalingan guilty of aggravated assault. In doing so they had only to be satisfied on a balance of probabilities that the phone call took place and that the appellant said what was attributed to him. To convict on the subsequent obstruct justice charge, Justice Marchand had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the charge had been made out. As he said, he was not. There is nothing inconsistent, unfair, or logically irreconcilable in those verdicts: *Arp*. [Footnote omitted.]

[167] I would have therefore dismissed the application to introduce fresh evidence and rejected the issue estoppel question raised by the application. The question whether the evidence of the alleged phone call would be admissible at the new trial is one best determined, if need be, in the context of the evidence at that new trial and taking into account the intervening acquittal.

7. Disposition

[168] In the result, I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial based on Sharpe J.A.'s reasons on the inadequacies of the jury instructions on the theory of the defence.

Appeal dismissed.

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

à la doctrine de la chose jugée, puisque aucun des principes fondamentaux de la chose jugée ne s'applique dans les circonstances. Sa conclusion sur la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve était elle aussi correcte. Rien dans l'instance subséquente pour entrave à la justice ne remet en question le verdict rendu à l'égard de l'accusation de tentative de meurtre. Comme le juge Blair l'a judicieusement fait remarquer au par. 89 :

[TRADUCTION] Les deux juges des faits n'étaient pas saisis de la même question. Il n'y avait pas double péril. Le jury a correctement apprécié la preuve qui lui avait été régulièrement présentée, et il a déclaré M. Mahalingan coupable de voies de fait graves. Pour tirer cette conclusion, il suffisait qu'il soit convaincu suivant la prépondérance des probabilités que l'appel téléphonique avait été fait et que l'appellant avait tenu les propos qui lui étaient attribués. Pour rendre un verdict de culpabilité à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice portée subséquentement, le juge Marchand devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusation avait été prouvée. Comme il l'a indiqué, il ne l'était pas. Il n'y a rien d'incohérent, d'injuste ou de logiquement irréconciliable dans ces verdicts : *Arp*. [Note omise.]

[167] Je suis donc d'avis que la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve devrait être rejetée, tout comme les arguments que soulève cette demande concernant la question de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Mieux vaut examiner la question de l'admissibilité, au nouveau procès, de la preuve relative au prétendu appel téléphonique dans le contexte de la preuve soumise lors de ce procès, si besoin est, en tenant compte de l'acquiescement intervenu.

7. Dispositif

[168] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès pour les raisons exposées par le juge Sharpe concernant les lacunes des directives données au jury au sujet de la thèse de la défense.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

*Solicitors for the respondent: Lockyer Campbell
Posner, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Lockyer Campbell
Posner, Toronto.*