

Frederick Steven Gushue *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: April 25; 1979: December 21.

Present: Laskin C.J. and Martland, Pigeon, Dickson, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Issue estoppel — Acquittal of murder of robbery victim — Subsequent contradictory statement under oath — Conviction of robbery — Conviction for making contradictory statements in judicial proceedings — Criminal Code ss. 124, 302(c).

Appellant was acquitted on a charge of non-capital murder of the victim of a robbery. Some four years thereafter, appellant, while under investigation for other offences, made statements to the police that he had attempted to steal from the murdered person and had shot him when he resisted. Appellant was then charged with robbery and with perjury in denying under oath at the murder trial that he had shot the victim. He pleaded guilty to both charges but was discharged on the latter, the Provincial Judge holding that the Crown could not relitigate the shooting in view of the acquittal of murder. The Crown some six months later preferred an indictment for perjury (contrary to s. 121) and for making contradictory statements in judicial proceedings (contrary to s. 124). The main question in this appeal was whether appellant might invoke issue estoppel in respect of the two charges of which he was convicted, the s. 124 conviction and the robbery conviction.

Held: The appeals should be dismissed.

Issue estoppel is part of the criminal law of Canada. The question before the Court is not therefore whether issue estoppel is recognized but whether it has any application to the convictions here on the relevant facts. The gist of the charge under s. 124 is making the contradictory statement with intent to mislead the Court at the murder trial. Appellant is not placed in double jeopardy because he cannot be retried for murder and it is enough for him to rely in that respect on *autrefois acquit*. It was his subsequent admission under oath that he lied at the trial that added a new element and gave

Frederick Steven Gushue *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 25 avril; 1979: 21 décembre.

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

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

Droit criminel — Chose jugée comme fin de non-recevoir — Acquittement quant au meurtre de la victime du vol qualifié — Déclaration contradictoire sous serment — Condamnation pour vol qualifié — Condamnation pour déclarations contradictoires dans des procédures judiciaires — Code criminel, art. 124, 302c).

L'appelant a été acquitté du meurtre non qualifié de la victime d'un vol qualifié. Quelque quatre ans plus tard, alors qu'il faisait l'objet d'une enquête pour d'autres infractions, l'appelant a déclaré à la police qu'il avait tenté de voler la victime et l'avait abattue quand elle avait résisté. Il a alors été accusé de vol qualifié et de parjure pour avoir nié sous serment, au procès pour meurtre, avoir abattu la victime. Il a plaidé coupable sur les deux accusations mais a été acquitté sur la dernière, le juge de la cour provinciale décidant que le ministère public ne pouvait remettre en litige la fusillade vu l'acquittement sur l'accusation de meurtre. Quelque six mois plus tard, le ministère public a présenté un acte d'accusation privilégié imputant parjure (contrairement à l'art. 121) et déclarations contradictoires dans des procédures judiciaires (contrairement à l'art. 124). La principale question soulevée dans ce pourvoi est de savoir si l'appelant peut invoquer la chose jugée comme fin de non-recevoir relativement aux deux accusations dont il a été déclaré coupable, l'accusation relative à l'art. 124 et celle de vol qualifié.

Arrêt: Les pourvois doivent être rejetés.

La fin de non-recevoir fait partie du droit criminel canadien. La question que la Cour doit trancher n'est donc pas de savoir si la fin de non-recevoir est admise, mais si ce moyen s'applique aux déclarations de culpabilité en espèce sur les faits pertinents. L'accusation portée en vertu de l'art. 124 est centrée sur les déclarations contradictoires faites dans l'intention de tromper la Cour au procès pour meurtre. L'appelant n'est pas devant un double péril parce qu'il ne peut être jugé à nouveau pour meurtre et il lui suffit, à cette fin, d'invoquer la défense d'autrefois acquit. C'est son aveu subsé-

rise to a situation outside the ambit of the trial for murder. While it was contended that the fact of the later contrary admission could not give rise to a contradiction of a jury verdict, which must be regarded as conclusively true, and therefore that the later admission could not be "an intent to mislead the Court" there is here a question of policy. Unless it can be said that the subsequent prosecution is an attempt by the Crown to retry the accused, the preferable policy is to exclude issue estoppel especially where the contradictory statements consist of admissions of the accused himself. The charge of robbery and the conviction thereon raise related but also different considerations. Reliance on issue estoppel should not be foreclosed simply because appellant pleaded guilty. Robbery is not however an included offence on a charge of murder and appellant was not put in jeopardy of a conviction of robbery when he was tried for murder. The point argued here was that, on any view of the facts, the killer and robber were one and the same person and since appellant was acquitted of the killing he could not be guilty of the robbery. The trial judge's charge however left to the jury not only whether the appellant himself killed while intending to rob but also whether he was associated with another in a common intention to rob and whether in that connection the other person did the killing in a situation that appellant knew or should have known that the killing would be a probable consequence of the robbery. It does not follow that appellant's acquittal of murder necessarily meant that he was not a party to the robbery. The possibility or even the probability that the jury found in appellant's favour is not enough. A finding on the relevant issue must be the only rational explanation of the jury.

Kienapple v. The Queen, [1975] S.C.R. 729; *McDonald v. The Queen*, [1960] S.C.R. 186; *Wright, McDermott and Feely v. The Queen*, [1963] S.C.R. 539; *Sambasivam v. Public Prosecutor, Federation of Malaya*, [1950] A.C. 458; *D.P.P. v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Connelly v. D.P.P.*, [1964] 2 All E.R. 401, applied; *Sealfon v. United States* (1948), 332 U.S. 575; *Mraz v. The Queen (No. 2)* (1956), 96 C.L.R. 62, referred to.

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing appeals from con-

¹ (1976), 14 O.R. (2d) 620, 35 C.R.N.S. 304, 32 C.C.C. (2d) 189, 74 D.L.R. (3d) 373.

quent sous serment, qu'il a menti au procès, qui apporte un nouvel élément et fait naître une situation extérieure au procès pour meurtre. Bien qu'on ait soutenu que l'aveu subséquent ne peut soulever de contradiction avec un verdict de jury, qui doit être considéré comme définitif, et qu'en conséquence il ne pouvait y avoir «d'intention de tromper la Cour», il y a ici une question de principe. Sauf si l'on peut dire que par la poursuite subséquente, le ministère public tente de juger à nouveau l'accusé, le meilleur principe consiste à écarter la fin de non-recevoir, en particulier lorsque les déclarations contradictoires sont des aveux de l'accusé lui-même. L'accusation de vol qualifié et la déclaration de culpabilité sur ce chef soulèvent des questions connexes mais pourtant différentes. Le recours à la fin de non-recevoir ne doit pas être rejeté simplement parce que l'appelant a plaidé coupable. Le vol qualifié n'est cependant pas une infraction incluse dans une accusation de meurtre et l'appelant n'a pas été en péril d'en être déclaré coupable à son procès pour meurtre. Quelle que soit l'interprétation des faits, on a fait valoir ici que le meurtrier et le voleur sont une seule et même personne et que, puisque l'appelant a été acquitté du meurtre, il ne pouvait être coupable de vol qualifié. Cependant, le juge du procès a non seulement soumis au jury la question de savoir si l'appelant avait lui-même tué en voulant voler, mais aussi s'il s'était associé avec un autre dans l'intention commune de voler et si, ce faisant, l'autre avait tué alors que l'appelant savait ou aurait dû savoir que le meurtre serait une conséquence probable du vol qualifié. Il ne s'ensuit pas que l'acquittement de l'appelant sur l'accusation de meurtre signifie nécessairement qu'il n'était pas partie au vol qualifié. La possibilité ou même la probabilité que le jury ait conclu en faveur de l'appelant ne suffit pas. Une conclusion sur le point pertinent doit être la seule explication rationnelle du jury.

Jurisprudence: *Kienapple c. La Reine*, [1975] R.C.S. 729; *McDonald c. La Reine*, [1960] R.C.S. 186; *Wright, McDermott et Feeley c. La Reine*, [1963] R.C.S. 539; *Sambasivam v. Public Prosecutor, Federation of Malaya*, [1950] A.C. 458; *D.P.P. v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Connelly v. D.P.P.*, [1964] 2 All E.R. 401, arrêts suivis; *Sealfon v. United States* (1948), 332 U.S. 575; *Mraz v. The Queen (No. 2)* (1956), 96 C.L.R. 62.

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a rejeté les appels sur des

¹ (1976), 14 O.R. (2d) 620, 35 C.R.N.S. 304, 32 C.C.C. (2d) 189, 74 D.L.R. (3d) 473.

victions under ss. 124 and 302(c) of the *Criminal Code*. Appeals dismissed.

Claude Thomson, Q.C., and Gavin MacKenzie, for the appellant.

Edward Then and Miss Michael A. MacDonald, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The main question in this appeal, which is here by leave of this Court, is whether the appellant may invoke issue estoppel in respect of two charges of which he was convicted, namely, giving contradictory evidence in different judicial proceedings, contrary to s. 124 of the *Criminal Code*, and robbery, contrary to s. 302(c) of the *Criminal Code*. These charges and the convictions thereon followed his acquittal on a charge of non-capital murder of the victim of the robbery, one Morris Mayzel.

The appellant gave evidence at his trial for murder and, being asked directly “Did you shoot Morris Mayzel?”, he answered, “No, I did not”. The appellant was associated in a robbery scheme with one Edward McDonald who testified for the Crown. Gushue’s evidence was that he did not enter the victim’s tailor shop but rather that he withdrew from the scheme and that it was McDonald who entered the tailor shop alone. McDonald testified that it was he who withdrew and that Gushue had entered the tailor shop where the proprietor was shot and killed. I am not concerned here to elaborate on the evidence given at the trial for murder. I add merely that there was evidence that after the killing, Gushue sold a revolver which, according to expert evidence, was the murder weapon. Gushue maintained that he got it from McDonald after the killing of Mayzel.

About four years after his acquittal, the appellant accused, while under investigation for other offences, made statements to the police that he had attempted to steal from Mayzel and had shot

déclarations de culpabilité en vertu de l’art. 124 et de l’al. 302c) du *Code criminel*. Pourvois rejetés.

Claude Thomson, c.r., et Gavin MacKenzie, pour l’appelant.

Edward Then et M^{lle} Michael A. MacDonald, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La principale question soulevée dans le présent pourvoi, interjeté avec l’autorisation de cette Cour, est de savoir si l’appelant peut invoquer la chose jugée comme fin de non-recevoir relativement à deux accusations dont il a été déclaré coupable, savoir, témoignages contradictoires dans des procédures judiciaires différentes, contrairement à l’art. 124 du *Code criminel*, et vol qualifié, contrairement à l’al. 302c) du *Code criminel*. Ces accusations et les déclarations de culpabilité y afférentes sont postérieures à son acquittement sur l’accusation de meurtre non qualifié de la victime du vol, un nommé Morris Mayzel.

L’appelant a témoigné à son procès pour meurtre et, lorsqu’on lui a demandé directement «Avez-vous tiré sur Morris Mayzel?», il a répondu «Non, je ne l’ai pas fait». L’appelant s’était associé à un projet de vol qualifié avec un nommé Edward McDonald, un témoin à charge. Gushue a témoigné qu’il n’était pas entré dans la boutique de tailleur de la victime mais qu’au contraire il avait renoncé au projet et que c’est McDonald qui y a pénétré seul. McDonald a témoigné que c’est lui qui avait renoncé au projet et que Gushue avait pénétré dans la boutique de tailleur où le propriétaire a été abattu. Je ne me préoccupe pas ici d’entrer dans les détails de la preuve produite au procès pour meurtre. J’ajoute simplement qu’il a été prouvé qu’après le meurtre, Gushue a vendu un revolver qui, selon les témoins-experts, était l’arme du meurtre. Gushue a soutenu qu’il l’avait reçu de McDonald après le meurtre de Mayzel.

Quelque quatre ans après son acquittement, alors qu’il faisait l’objet d’une enquête pour d’autres infractions, l’accusé appelant a déclaré à la police qu’il avait tenté de voler Mayzel et l’avait

him when he resisted. A few months later Gushue pleaded guilty to a charge of robbery of Mayzel. At the same time he was charged with perjury in denying under oath at the murder trial that he had shot Mayzel. He pleaded guilty to that charge as well, but the Provincial Judge after hearing the facts, ordered that a plea of not guilty be entered and proceeded to hold a preliminary inquiry at which Gushue testified on a *voir dire* as to the admissibility of his statements to the police. When asked about the statements, he said that the statements that he had shot Mayzel were true. The Provincial Judge nonetheless discharged Gushue, holding that the Crown could not relitigate the issue of the shooting in view of the acquittal of murder.

Six months later the Crown applied for and obtained the consent of a County Court Judge to prefer an indictment against Gushue for perjury, contrary to s. 121 of the *Criminal Code* and for making contradictory statements in judicial proceedings contrary to s. 124. The perjury charge was based on the accused's evidence at the murder trial that he did not shoot Mayzel. The charge of making contradictory statements in judicial proceedings was based on Gushue's denial at his murder trial that he had shot Mayzel and his assertion on the *voir dire* at the subsequent preliminary inquiry on the charge of perjury that his statements to the police that he shot Mayzel were true.

At his trial on these charges before Graburn County Court Judge and a jury, the judge directed the jury to acquit the accused of perjury because, in view of the finding of the jury on the trial for murder, a second jury would have to make a contrary finding and it was precluded from doing so. The accused was, however, found guilty of the charge under s. 124.

Appeals were launched by the Crown against the acquittal of perjury and by the accused against his convictions of robbery on his plea of guilty and against his conviction of the charge under s. 124. Martin J.A., who spoke for a five-judge Court of

abattu quand ce dernier avait résisté. Quelques mois plus tard Gushue a plaidé coupable sur l'accusation de ce vol qualifié. Simultanément, il a été accusé de parjure pour avoir nié sous serment, au procès pour meurtre, avoir abattu Mayzel. Il a également plaidé coupable sur cette accusation, mais le juge de la cour provinciale, après avoir pris connaissance des faits, a ordonné qu'un plaidoyer de non-culpabilité soit enregistré et a tenu une enquête préliminaire où Gushue a témoigné au cours d'un voir dire sur l'admissibilité de ses déclarations à la police. Quand on l'a interrogé à ce sujet, il a répondu que les déclarations portant qu'il avait abattu Mayzel étaient vraies. Le juge a néanmoins libéré Gushue, décidant que le ministère public ne pouvait remettre en litige la question de la fusillade vu l'acquittement sur l'accusation de meurtre.

Six mois plus tard, à la demande du ministère public, un juge de la cour de comté a autorisé la présentation d'un acte d'accusation privilégié contre Gushue imputant parjure, contrairement à l'art. 121 du *Code criminel*, et déclarations contradictoires dans des procédures judiciaires, contrairement à l'art. 124. L'accusation de parjure se fondait sur le témoignage de l'accusé au procès pour meurtre portant qu'il n'avait pas abattu Mayzel. L'accusation d'avoir fait des déclarations contradictoires dans des procédures judiciaires se fondait sur ce qu'au procès pour meurtre, Gushue avait nié avoir abattu Mayzel et qu'au voir dire à l'enquête préliminaire subséquente sur l'accusation de parjure, il avait reconnu que ses déclarations à la police portant qu'il avait abattu Mayzel étaient vraies.

A son procès sur ces accusations devant le juge Graburn de la Cour de comté et un jury, le juge a ordonné au jury de l'acquitter sur l'accusation de parjure parce que, vu la conclusion du jury au procès pour meurtre, un second jury aurait à conclure de façon contraire, ce qui ne lui était pas permis. L'accusé a cependant été déclaré coupable sur l'accusation portée en vertu de l'art. 124.

Le ministère public a interjeté appel de l'acquittement de parjure et l'accusé des déclarations de culpabilité sur son plaidoyer de culpabilité de vol qualifié et sur l'accusation portée en vertu de l'art. 124. Le juge Martin, au nom de la Cour d'appel

Appeal, affirmed the convictions of the accused; and, although of the opinion on the Crown's appeal that the prior acquittal of murder did not preclude conviction of perjury at that trial, and that a new trial would therefore be in order, he concluded that in view of the conviction under s. 124, a conviction of perjury would be contrary to the principle laid down by this Court in *Kienapple v. The Queen*². The appeal from the acquittal of perjury was thereupon dismissed and that matter is not before this Court.

As to the two convictions which are here, and the assertion of the accused that they are properly met by issue estoppel, I think it desirable to say at the outset that issue estoppel is part of the criminal law of Canada, and I would affirm the position of this Court in the matter, as expressed in *McDonald v. The Queen*³ and *Wright, McDermott and Feeley v. The Queen*⁴. The Court accepted the statement of law of the availability of issue estoppel in criminal proceedings made by the Privy Council in *Sambasivam v. Public Prosecutor, Federation of Malaya*⁵.

There are thin but nonetheless discernible lines between issue estoppel and inconsistent verdicts and double jeopardy. I prefer to take *Sealfon v. United States*⁶ as involving a recognition of issue estoppel in the criminal law by the Supreme Court of the United States, rather than as resting merely on double jeopardy, that is on an attempt by the prosecution to re-try an accused of an offence of which he had previously been acquitted. So too, there is recognition of issue estoppel by the High Court of Australia in *Mraz v. The Queen (No. 2)*⁷, even though it may be urged that it rests on inconsistent verdicts. In so far as the House of Lords in the recent case of *Director of Public*

constituée de cinq juges, a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé; et, quoique d'avis à l'égard de l'appel interjeté par le ministère public que l'acquiescement antérieur sur l'accusation de meurtre n'empêchait pas une déclaration de culpabilité pour parjure à ce procès-là et qu'en conséquence, il conviendrait de tenir un nouveau procès, il a conclu que, vu la déclaration de culpabilité sous l'art. 124, une condamnation pour parjure serait contraire aux principes énoncés par cette Cour dans *Kienapple c. La Reine*². L'appel de l'acquiescement de parjure a alors été rejeté et cette question n'est pas soumise à cette Cour.

Quant aux deux déclarations de culpabilité qui nous sont soumises et la prétention de l'accusé que la défense de fin de non-recevoir en dispose, je pense qu'il convient de dire tout d'abord que ce moyen de défense fait partie du droit criminel canadien. Je suis d'avis de confirmer la position de cette Cour sur le sujet telle qu'elle l'a énoncée dans les arrêts *McDonald c. La Reine*³ et *Wright, McDermott et Feeley c. La Reine*⁴. La Cour a accepté l'énoncé de droit fait par le Conseil privé dans *Sambasivam v. Public Prosecutor, Federation of Malaya*⁵ sur la possibilité d'invoquer cette fin de non-recevoir dans des procédures criminelles.

Il existe des distinctions ténues mais perceptibles entre la fin de non-recevoir, les verdicts incompatibles et le double péril. Je préfère considérer que l'arrêt *Sealfon v. United States*⁶ consacre la reconnaissance par la Cour suprême des États-Unis de cette fin de non-recevoir en droit américain et ne repose pas simplement sur la théorie du double péril, c'est-à-dire une tentative par la poursuite de faire juger à nouveau un accusé pour une infraction dont il a été antérieurement acquitté. Il y a également reconnaissance de la fin de non-recevoir par la Haute Cour d'Australie dans *Mraz v. The Queen (No. 2)*⁷, quoiqu'on puisse prétendre que cet arrêt repose sur des verdicts incompatibles. Dans

² [1975] S.C.R. 729.

³ [1960] S.C.R. 186.

⁴ [1963] S.C.R. 539.

⁵ [1950] A.C. 458.

⁶ (1948), 332 U.S. 575.

⁷ (1956), 96 C.L.R. 62.

² [1975] R.C.S. 729.

³ [1960] R.C.S. 186.

⁴ [1963] R.C.S. 539.

⁵ [1950] A.C. 458.

⁶ (1948), 332 U.S. 575.

⁷ (1956), 96 C.L.R. 62.

*Prosecutions v. Humphrys*⁸ denied that issue estoppel could be raised in criminal proceedings, it does not commend itself to me. I prefer, as compatible with the view taken by this Court, the *obiter* acceptance of issue estoppel in the earlier House of Lords' judgment in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*⁹. I think it important to note, however, that on the assumed acceptance of issue estoppel in criminal proceedings, the House of Lords in the *Humphrys* case saw a prosecution for perjury as an exception on the policy ground that although an accused cannot be re-tried for an offence of which he has been acquitted, he is not to be permitted to escape the consequences of having testified falsely at his trial.

The question before this Court is, therefore, not whether issue estoppel is recognized in Canadian criminal law but whether, as in the *McDonald* case and in the *Wright, McDermott and Feeley* case, it has any application to the two convictions of the accused in this case on the relevant facts. There is always, of course, an initial difficulty in giving effect to a plea of issue estoppel where it is directed to the verdict of a jury which consists either of a bare finding of guilty or one of not guilty. How can it be ascertained on what issue or issues the finding rested for the purpose of foreclosing a relitigation of that issue or those issues in a subsequent criminal prosecution?

Counsel for the accused conceded that there cannot be any scrutiny of the evidence to determine what issues were before the jury. A surer guide may be found in the charge of the trial judge. There were, however, several issues left to the jury and not only the issue whether Gushue alone shot Mayzel in the course of a robbery. Martin J.A., in the Court of Appeal, gave the following summary of the charge:

The judge who presided over the trial of Gushue for the murder of Mayzel instructed the jury that if Gushue fired the shot which killed Mayzel while committing the

la mesure où la Chambre des lords a nié dans l'arrêt récent *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*⁸ que la fin de non-recevoir puisse être soulevée dans des procédures criminelles, je ne peux la suivre. Parce qu'elle est compatible avec l'opinion de cette Cour, je préfère l'acceptation de ce moyen en *obiter* dans un arrêt antérieur de la Chambre des lords, *Connelly v. Director of Public Prosecutions*⁹. Je crois qu'il importe de noter cependant que sur l'acceptation présumée de la fin de non-recevoir dans des procédures criminelles, la Chambre des lords, dans l'arrêt *Humphrys*, a considéré qu'une poursuite pour parjure constituait une exception, vu le principe que bien qu'un accusé ne puisse être jugé à nouveau pour une infraction dont il a été acquitté, on ne doit pas lui permettre de se soustraire aux conséquences de son faux témoignage au procès.

La question que cette Cour doit trancher n'est donc pas de savoir si la fin de non-recevoir est admise en droit criminel canadien, mais si, comme dans les arrêts *McDonald* et *Wright, McDermott et Feeley*, ce moyen s'applique aux deux déclarations de culpabilité de l'accusé en l'espèce devant les faits pertinents. Evidemment, il y a toujours une difficulté initiale à accueillir une défense de fin de non-recevoir lorsqu'elle vise le verdict d'un jury qui consiste en une simple déclaration de culpabilité ou de non-culpabilité. Comment peut-on s'assurer de la question ou des questions sur lesquelles porte la conclusion pour empêcher qu'elles ne soient remises en cause dans une poursuite criminelle subséquente?

L'avocat de l'accusé a reconnu que l'on ne peut scruter la preuve pour déterminer quelles questions ont été soumises au jury. L'exposé du juge du procès au jury peut constituer un guide plus sûr. Plusieurs questions cependant ont été soumises au jury, et non la seule question de savoir si Gushue seul a abattu Mayzel pendant le vol qualifié. Le juge Martin, en Cour d'appel, a résumé ainsi l'exposé au jury:

[TRADUCTION] Le juge qui a présidé le procès de Gushue pour le meurtre de Mayzel a exposé au jury que si Gushue a tiré le coup qui a tué Mayzel en commettant

⁸ [1976] 2 All E.R. 497.

⁹ [1964] 2 All E.R. 401.

⁸ [1976] 2 All E.R. 497.

⁹ [1964] 2 All E.R. 401.

offence of robbery, he was guilty of murder or, alternatively, he was guilty of murder if he and McDonald formed a common intention to rob Mayzel and to assist each other in the robbery, and in carrying out the common intention McDonald killed Mayzel and Gushue knew or ought to have known that the killing of Mayzel would be a probable consequence of the carrying out or attempting to carry out the proposed robbery. I observe that this latter direction was more favourable to Gushue than the direction to which by law he was entitled, as it was not necessary in the circumstances in order to find him guilty of murder that the jury should find that he knew or ought to have known that the killing of Mayzel was a probable consequence of carrying out the common purpose to rob him.

If the jury followed the instruction which they were given by the trial judge (as I think we must assume they did), they may have acquitted Gushue either because:

- (a) they found that he had withdrawn from the plan to rob Mayzel, or entertained a reasonable doubt on the question, or
- (b) although they were satisfied that Gushue was a party to the robbery, they entertained a reasonable doubt whether McDonald rather than Gushue, killed Mayzel, and whether Gushue knew or ought to have known that the killing of Mayzel by McDonald was a probable consequence of the common intention to commit robbery.

I draw particular attention to the misdirection in favour of the accused, imposing as it did a larger burden on the Crown than was warranted in law. Counsel for the accused invoked the *Mraz* case, *supra*, and especially the judgment of Chief Justice Dixon, at p. 68, where that learned judge said the following:

... It is nothing to the point that the verdict may have been the result of a misdirection of the judge and that owing to the misdirection the jury may have found the verdict without understanding or intending what as a matter of law is its necessary meaning or its legal consequences. The law which gives effect to issue estoppel is not concerned with the correctness or incorrectness of the finding which amounts to an estoppel, still less with the processes of reasoning by which the finding was reached in fact; it does not matter that the finding may be thought to be due to the jury having been put upon the wrong track by some direction of the presiding judge or to the jury having got on the wrong track unaided. It is enough that an issue or issues have been distinctly raised and found. Once that is done, then, so

l'infraction de vol qualifié, il était coupable de meurtre; subsidiairement, il était coupable de meurtre si McDonald et lui avaient formé ensemble l'intention de voler Mayzel et de s'entraider pour commettre le vol qualifié, que dans la réalisation de l'intention commune, McDonald avait tué Mayzel et que Gushue savait ou devait savoir que le meurtre de Mayzel serait une conséquence probable de la réalisation ou de la tentative de réalisation du projet de vol qualifié. Je note que cette dernière directive était plus favorable à Gushue que celle dont il était fondé à bénéficier en droit, puisqu'il n'était pas nécessaire dans les circonstances, pour qu'il soit reconnu coupable de meurtre, que le jury décide qu'il savait ou aurait dû savoir que le meurtre de Mayzel était une conséquence probable de la réalisation de l'intention commune de le voler.

Si le jury a suivi les directives que le juge du procès lui a données (je suis d'avis que nous devons le présumer), il a acquitté Gushue soit parce que:

- a) il a conclu que ce dernier avait abandonné le projet de voler Mayzel, ou a nourri un doute raisonnable sur ce point, soit
- b) quoique convaincu que Gushue était partie au vol qualifié, il a nourri un doute raisonnable sur la question de savoir si c'était McDonald plutôt que Gushue qui avait tué Mayzel et si Gushue savait ou devait savoir que le meurtre de Mayzel par McDonald était une conséquence probable de l'intention commune de commettre un vol qualifié.

J'attire particulièrement l'attention sur la directive erronée qui favorise l'accusé et impose au ministère public un fardeau plus onéreux que ce qui est requis en droit. L'avocat de l'accusé a invoqué l'affaire *Mraz*, précitée, et particulièrement les motifs du juge en chef Dixon, dans lesquels le savant juge a dit à la p. 68:

[TRADUCTION] ... Il importe peu que le verdict ait pu résulter d'une directive erronée du juge et qu'en conséquence le jury ait pu rendre le verdict sans comprendre ou avoir en vue son sens nécessaire en droit ou ses conséquences juridiques. La règle de droit qui permet d'accepter la défense de fin de non-recevoir ne s'occupe pas de l'exactitude ou de l'inexactitude de la conclusion qui donne lieu à cette défense, et encore moins du raisonnement par lequel on y est en fait parvenu; il importe peu que l'on puisse penser que la conclusion soit imputable à une directive du juge du procès qui a orienté le jury sur une mauvaise voie, ou que ce dernier se soit fourvoyé tout seul. Il suffit qu'une ou plusieurs questions aient été distinctement soulevées et tranchées. Cela fait, tant que la conclusion demeure

long as the finding stands, if there be any subsequent litigation between the same parties, no allegations legally inconsistent with the finding may be made by one of them against the other. *Res judicata pro veritate accipitur* . . . And, as has already been said, this applies in pleas of the Crown.

It was the further contention of counsel for the accused that the acquittal of murder was a positive determination that Gushue did not kill Mayzel, that there was no evidence that Gushue was a party to a killing by McDonald and, consequently, it was wrong to leave it to a second jury on the charge under s. 124 to second guess the jury that acquitted him of murder. It was submitted that if this was allowed, it would mean that a collateral attack could be made on jury verdicts, that the policy of finality of jury verdicts which are not appealed would be circumvented and that the accused would lose the benefit of the presumption of innocence.

I do not think that these submissions are telling in favour of the application of issue estoppel in respect of the charge under s. 124. The gist of the charge under that provision is making the contradictory statement with intent to mislead the Court, that is at the murder trial. The accused is not placed in double jeopardy because he cannot be retried for murder; indeed, it is enough for him to rely on *autrefois acquit*. The surfacing of his subsequent admission under oath that he lied at the trial for murder adds a new element and gives rise to a situation outside of the ambit of the trial for murder. It was contended, however, that the logic of the situation is in favour of the accused, that the jury finding that the accused did not kill Mayzel must be regarded as conclusively true, and the fact of the later contrary admission cannot give rise to a contradiction and there could not, therefore, be an intent to mislead the Court.

Logical as this submission may appear to be, what we have to resolve here is a question of policy based on the premise that issue estoppel cannot be founded on false evidence where the falsity is disclosed by subsequent evidence not available at the trial from which issue estoppel is alleged to arise. In my view, unless it can be said that the

valable, dans tout litige subséquent entre les mêmes parties, celles-ci ne peuvent s'opposer mutuellement d'arguments juridiquement incompatibles avec la conclusion. *Res judicata pro veritate accipitur* . . . Et, comme on l'a déjà dit, cela s'applique aux plaidoyers du ministère public.

L'avocat de l'accusé a de plus prétendu que l'acquittement sur l'accusation de meurtre déterminait catégoriquement que Gushue n'avait pas tué Mayzel, qu'il n'y avait aucune preuve que Gushue était partie au meurtre commis par McDonald, et qu'en conséquence il était erroné de permettre à un second jury, sur l'accusation portée en vertu de l'art. 124, de corriger rétrospectivement la décision du jury qui l'avait acquitté du meurtre. On a fait valoir que le permettre signifierait que les verdicts de jury pourraient être attaqués indirectement, que le principe du caractère définitif des verdicts dont il n'est pas interjeté appel serait contourné et que l'accusé perdrait le bénéfice de la présomption d'innocence.

Je ne pense pas que ces arguments soient concluants en faveur de l'application du moyen de fin de non-recevoir relativement à l'accusation portée en vertu de l'art. 124. Cette accusation est centrée sur les déclarations contradictoires faites dans l'intention de tromper la Cour, évidemment au procès pour meurtre. L'accusé n'est pas devant un double péril parce qu'il ne peut être jugé à nouveau pour meurtre; il lui suffit en fait d'invoquer la défense d'autrefois acquit. Son aveu subséquent sous serment qu'il a menti au procès pour meurtre apporte un nouvel élément et fait naître une situation extérieure au procès pour meurtre. On a soutenu, cependant, que la logique de la situation favorise l'accusé, que la conclusion du jury que l'accusé n'a pas tué Mayzel doit être considérée comme définitive, et que l'aveu subséquent ne peut soulever de contradiction et qu'en conséquence il ne pouvait y avoir d'intention de tromper la Cour.

Aussi logique que puisse paraître cet argument, ce que nous devons décider ici est une question de principe fondée sur la prémisse que la fin de non-recevoir ne peut s'appuyer sur un faux témoignage lorsque la fausseté en est révélée par une preuve subséquente non disponible au procès d'où ce moyen de défense est censé émaner. A mon avis,

subsequent prosecution is an attempt by the Crown to re-try the accused—and that is not the case here—the preferable policy is to exclude issue estoppel, especially when the contradictory statements on which the charge under s. 124 is founded consist of admissions of the accused himself.

In the result, I agree with Martin J.A. that the conviction of the accused under s. 124 should be affirmed.

The charge of robbery and the conviction thereon raise related but also different considerations. I would not in this case foreclose reliance on issue estoppel simply because the accused pleaded guilty to the charge of robbery. It must be noted, however, that robbery is not an included offence on a charge of murder (see s. 589(3) of the *Criminal Code*), and hence the accused, as Martin J.A. pointed out, was not put in jeopardy of a conviction of robbery when he was tried for murder. What was urged by counsel for the accused was that, on any view of the facts, the killer and robber of Mayzel were one and the same person, and since the accused was acquitted of the killing he could not be guilty of robbery. The accused's evidence that he did not enter the tailor shop must have been accepted by the jury, so it was contended, in order to acquit him of the killing and, correlatively, this excluded any possibility of his implication in the robbery.

However, the trial judge's charge to the jury left to them not only the issue whether the accused himself killed Mayzel while intending to rob him. He also left to them the issue whether he was associated with McDonald in a common intention to rob Mayzel and to assist each other in carrying it out and whether in that connection McDonald killed Mayzel and Gushue knew or ought to have known that the killing would be a probable consequence of carrying out or attempting to carry out the robbery. Accepting for present purposes that the misdirection on this point, to which I referred earlier, is no bar to issue estoppel, it does not follow that the accused's acquittal of murder, which could have been by reason of the misdirec-

sauf si l'on peut dire que par la poursuite subséquente, le ministère public tente de juger à nouveau l'accusé, et ce n'est pas le cas ici, le meilleur principe consiste à écarter la fin de non-recevoir, en particulier lorsque les déclarations contradictoires qui fondent l'accusation portée en vertu de l'art. 124 sont des aveux de l'accusé lui-même.

Ainsi, je partage l'avis du juge Martin que la déclaration de culpabilité de l'accusé en vertu de l'art. 124 doit être confirmée.

L'accusation de vol qualifié et la déclaration de culpabilité sur ce chef soulèvent des questions connexes mais pourtant différentes. Je ne rejette-rais pas en l'espèce le recours à la fin de non-recevoir simplement parce que l'accusé a plaidé coupable sur l'accusation de vol qualifié. Il faut noter cependant que le vol qualifié n'est pas une infraction incluse dans une accusation de meurtre (voir le par. 589(3) du *Code criminel*) et qu'en conséquence l'accusé, comme l'a souligné le juge Martin, n'a pas été en péril d'en être déclaré coupable à son procès pour meurtre. L'avocat de l'accusé a fait valoir que, quelle que soit l'interprétation des faits, le meurtrier et le voleur de Mayzel sont une seule et même personne et que, puisque l'accusé a été acquitté du meurtre, il ne pouvait être coupable du vol qualifié. Pour l'acquitter du meurtre, a-t-on prétendu, le jury a dû accepter le témoignage de l'accusé qu'il n'avait pas pénétré dans la boutique de tailleur et, corrélativement, cela exclut toute possibilité qu'il ait été impliqué dans le vol qualifié.

Cependant, le juge du procès a non seulement soumis au jury la question de savoir si l'accusé avait lui-même tué Mayzel en voulant le voler, mais aussi s'il s'était associé avec McDonald dans l'intention commune de voler Mayzel et de s'entraider dans ce but, et si, ce faisant, McDonald avait tué Mayzel alors que Gushue savait ou aurait dû savoir que le meurtre serait une conséquence probable de la réalisation ou de la tentative de réalisation du projet de vol qualifié. Si l'on admet pour les fins de l'espèce que la directive erronée sur ce point, dont j'ai déjà parlé, ne constitue pas un obstacle à la fin de non-recevoir, il ne s'ensuit pas que l'acquiescement de l'accusé sur l'accusation de meurtre, qui a pu en résulter, signifie nécessai-

tion, necessarily meant that he was not a party to the robbery.

I am of opinion that the question of issue estoppel in respect of the robbery conviction is put to rest by the following statement, which I adopt, in 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.

The point has already been made that the accused could not have been convicted of robbery on his trial for murder. Moreover, it is not the same conduct that is involved in the charge of robbery as in the charge of murder under the alternative direction to the jury given by the trial judge. In the circumstances, I do not think it is correct to say that the accused was being subjected to a second prosecution for a different aspect of the same conduct which was necessarily involved in his trial for murder. I agree, therefore, with Martin J.A. that the contentions on behalf of the accused in respect of the robbery conviction fail.

In the result, the appeals are dismissed.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

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

rement qu'il n'était pas partie au vol qualifié.

Je suis d'avis que la question de la fin de non-recevoir à l'égard de la déclaration de culpabilité pour vol qualifié est réglée par l'énoncé suivant, que j'adopte, Friedland, *Double Jeopardy* (1969), à la p. 134:

[TRANSLATION] ... 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.

On a déjà souligné que l'accusé n'aurait pu être déclaré coupable de vol qualifié à son procès pour meurtre. De plus, ce n'est pas la même conduite qui est visée dans l'accusation de vol qualifié et dans celle de meurtre selon la directive subsidiaire que le juge du procès a donnée au jury. Dans les circonstances, je ne pense pas qu'il soit exact de dire que l'accusé a fait l'objet d'une seconde poursuite sur un aspect différent de la même conduite nécessairement visée dans son procès pour meurtre. Je partage donc l'avis du juge Martin que les arguments avancés au nom de l'accusé à l'égard de la déclaration de culpabilité pour vol qualifié échouent.

En conséquence, les pourvois sont rejetés.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelant: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

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