

Ivan Grdic *Appellant;*

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17235.

1984: January 30.

Present: Ritchie, Beetz, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

Re-hearing: 1985: June 5; 1985: June 13.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Defences — Issue estoppel — Circumstances in which doctrine applicable — Acquittal on charges of impaired driving and of excessive blood alcohol level — Whether issue estoppel available on subsequent charge of perjury.

Appellant, after giving alibi evidence, was acquitted on charges of impaired driving and of driving with alcohol in his blood exceeding the legal limit. Subsequently charged with perjury with respect to his testimony at the earlier trial, appellant was acquitted on the basis of issue estoppel. The trial judge found that the issue before him on the perjury trial—the truthfulness of appellant's alibi—had been determined at the impaired driving trial and that the evidence called on the perjury trial was available to the Crown at the earlier trial. On appeal, the Court of Appeal held that the trial judge erred in allowing issue estoppel as a defence to the charge of perjury, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held (Dickson C.J. and Beetz, Chouinard and Wilson JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Estey, McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.: The defence of issue estoppel was available to the appellant. On a charge of perjury, the Crown is estopped from re-litigating an issue decided in favour of the appellant—in this case, the truthfulness of appellant's alibi—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

Ivan Grdic *Appellant;*

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

^a N° du greffe: 17235.

1984: 30 janvier.

Présents: Les juges Ritchie, Beetz, Chouinard, Lamer et Wilson.

^b Nouvelle audition: 1985: 5 juin; 1985: 13 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Moyens de défense — Fin de non-recevoir — Cas d'application de cette doctrine — Acquittement relativement à des accusations d'avoir conduit avec facultés affaiblies et avec un taux d'alcoolémie trop élevé — Est-il possible d'opposer une fin de non-recevoir à une accusation subséquente de parjure?

^e Grâce à l'alibi qu'il a fourni, l'appelant a été acquitté relativement à des accusations d'avoir conduit avec facultés affaiblies et d'avoir conduit avec un taux d'alcoolémie supérieur à celui permis par la loi. Accusé par la suite de parjure relativement à son témoignage au cours du premier procès, l'appelant a invoqué une fin de non-recevoir et a été acquitté. Au cours du procès pour parjure, le juge a conclu que la question en litige—celle de la véracité de l'alibi de l'appelant—avait été tranchée dans le cadre du procès relatif à la conduite avec facultés affaiblies et que les témoins cités par la poursuite au cours du procès pour parjure auraient pu l'être au procès initial. En appel, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en accueillant la fin de non-recevoir opposée à l'accusation de parjure. Par conséquent, elle a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

^h *Arrêt* (le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard et Wilson sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

ⁱ Les juges Estey, McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest: L'appelant pouvait invoquer une fin de non-recevoir. Dans le cas d'une accusation de parjure, le ministère public ne peut rouvrir une question tranchée en faveur de l'appelant—en l'occurrence, celle de la véracité de l'alibi de ce dernier—à moins qu'il ne produise, en plus ou à la place de la preuve déjà apportée, une preuve qui ne pouvait être obtenue lors du premier

time of the first trial. Here, the new evidence relevant to the falsity of the alibi was available at the time of the original trial but was not called. Although the Crown was taken by surprise by the appellant's alibi it could have introduced the evidence necessary to disprove that alibi on rebuttal.

Per Dickson C.J. and Beetz, Chouinard and Wilson J.J., *dissenting*: The availability of issue estoppel, although applicable in principle to criminal proceedings where the Crown brings a second charge tangentially concerning the same facts as the charge on which the accused was acquitted, depends on there being explicit findings of fact on which the initial verdict logically depended. These facts must be affirmatively found by the original court and cannot be inferred from an initial verdict reflecting only a reasonable doubt. A judgment fraudulently obtained cannot form the basis of an estoppel. Therefore, if perjury can be established any estoppel which might otherwise exist will necessarily be lost. In such cases, the record of the initial trial must be put in evidence since the falsity of the accused's testimony is central to the charge. The Crown, however, cannot use the perjury charge as a guise to re-litigate the original charge on evidence it failed to adduce at the original trial, but there is no logical reason to estop a prosecution from introducing fresh evidence which, although available all along, is probative of the essential elements of the perjury charge. In the case at bar, the defence of issue estoppel was not available to the accused because the factual determination underlying the defence would have had to be inferred from the earlier judgment. Indeed, at the first trial, the judge, not only made no finding that the accused was not the person driving the car at the time alleged by the police, but he gave a strong indication that he did not accept the accused's version of the facts. However, because he also had a reasonable doubt as to the Crown's version of the facts, he felt obliged to acquit.

procès en faisant preuve de diligence raisonnable. En l'espèce, la preuve nouvelle quant à la fausseté de l'alibi était disponible au moment du premier procès, mais n'a pas été produite. Quoique pris au dépourvu par l'alibi de l'appelant, le ministère public aurait pu produire la contre-preuve nécessaire pour détruire cet alibi.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard et Wilson, dissidents: Bien qu'une fin de non-recevoir puisse en principe être invoquée dans le cadre de poursuites criminelles engagées par le ministère public relativement à une seconde accusation qui se rapporte indirectement aux mêmes faits que ceux de l'accusation relativement à laquelle l'accusé a été acquitté, on ne peut la soulever en l'absence de conclusions de fait expresses dont dépend logiquement le verdict initial. Ces faits doivent être clairement établis par la première cour; ils ne peuvent être inférés d'un verdict initial qui ne traduit qu'un doute raisonnable. Un jugement obtenu par la fraude ne peut fonder une fin de non-recevoir. Par conséquent, s'il est possible d'établir le parjure, une fin de non-recevoir qui aurait pu par ailleurs être invoquée ne pourra nécessairement plus l'être. Dans ces cas, il faut que le dossier du premier procès soit produit en preuve, car la fausseté du témoignage de l'accusé se trouve au centre de l'accusation. Le ministère public ne peut cependant pas se servir de l'accusation de parjure comme prétexte pour rouvrir le procès sur l'accusation initiale en apportant des preuves non produites au premier procès. Toutefois, il n'y a aucune raison logique d'empêcher la poursuite de produire une nouvelle preuve qui, bien qu'elle l'ait toujours eue à sa disposition, établit les éléments essentiels de l'accusation de parjure. En l'espèce, l'accusé ne peut se prévaloir d'une fin de non-recevoir parce que la conclusion de fait qui en constitue le fondement devrait être inférée du jugement antérieur. En fait, non seulement le juge du premier procès n'a pas conclu que ce n'était pas l'accusé qui était au volant de l'automobile à l'heure mentionnée par la police, mais il a laissé fortement entendre qu'il n'acceptait pas la version des faits présentée par l'accusé. Toutefois, comme il entretenait un doute raisonnable quant à la version des faits donnée par le ministère public, il s'est senti obligé de prononcer un acquittement.

Cases Cited

By the majority

The Duchess of Kingston's Case (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1; *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655, applied; *R. v. Plummer*, [1902] 2 K.B. 339; *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798; *R. v.*

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts appliqués: *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1; *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655; arrêts mentionnés: *R. v. Plummer*, [1902] 2 K.B. 339; *Gushue c. La Reine*,

Linnen (1981), 61 C.C.C. (2d) 13; *Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555; *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; *R. v. Parkin* (No. 2) (1922), 37 C.C.C. 35; *R. v. Therien and Sanseverino* (1943), 80 C.C.C. 87; *R. v. Coombs* (1977), 35 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Campbell* (1978), 1 C.R. (3d) 309; *R. v. Kerr* (1983), 18 Man. R. (2d) 230; *Villemaire v. The Queen* (1962), 39 C.R. 297, referred to.

By the minority

Gushue v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 798; *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655; *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615; *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155; *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.*, [1966] 2 All E.R. 536; *Re Koenigsberg, Public Trustee v. Koenigsberg*, [1949] 1 All E.R. 804; *Sterling Engineering Co. v. Patchett*, [1955] 1 All E.R. 369; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254; *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1, revg. [1975] 2 All E.R. 1023; *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644; *Hargreaves v. Bretherton*, [1958] 3 All E.R. 122; *Watson v. M'Ewan*, [1905] A.C. 480; *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107; *R. v. Threlfall* (1914), 10 Cr. App. R. 112; *Phosphate Sewage Co. v. Molleson* (1879), 4 App. Cas. 801.

Authors Cited

Friedland, M.L. *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1982), 3 C.C.C. (3d) 379, 29 C.R. (3d) 395, [1982] 6 W.W.R. 184, allowing a Crown's appeal from accused's acquittal on a charge of perjury and ordering a new trial. Appeal allowed, Dickson C.J. and Beetz, Chouinard and Wilson J.J. dissenting.

Murray L. Smith and Deborah Strachan, for the appellant.

Richard Cairns, for the respondent.

[1980] 1 R.C.S. 798; *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13; *Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555; *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; *R. v. Parkin* (No. 2) (1922), 37 C.C.C. 35; *R. v. Therien and Sanseverino* (1943), 80 C.C.C. 87; *R. v. Coombs* (1977), 35 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Campbell* (1978), 1 C.R. (3d) 309; *R. v. Kerr* (1983), 18 Man. R. (2d) 230; *Villemaire v. The Queen* (1962), 39 C.R. 297.

b Citée par la minorité

Gushue c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 798; *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655; *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615; *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155; *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.*, [1966] 2 All E.R. 536; *Re Koenigsberg, Public Trustee v. Koenigsberg*, [1949] 1 All E.R. 804; *Sterling Engineering Co. v. Patchett*, [1955] 1 All E.R. 369; *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254; *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1, inf. [1975] 2 All E.R. 1023; *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644; *Hargreaves v. Bretherton*, [1958] 3 All E.R. 122; *Watson v. M'Ewan*, [1905] A.C. 480; *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107; *R. v. Threlfall* (1914), 10 Cr. App. R. 112; *Phosphate Sewage Co. v. Molleson* (1879), 4 App. Cas. 801.

Doctrine citée

Friedland, M.L. *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1982), 3 C.C.C. (3d) 379, 29 C.R. (3d) 395, [1982] 6 W.W.R. 184, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation de parjure et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard et Wilson sont dissidents.

Murray L. Smith et Deborah Strachan, pour l'appellant.

Richard Cairns, pour l'intimée.

The reasons of Dickson C.J. and Beetz, Chouinard and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J. (*dissenting*)—I have had the benefit of the reasons for judgment of my colleague, Mr. Justice Lamer, but must respectfully disagree with his conclusion that the defence of issue estoppel *per rem judicatam* is available to the applicant Grdic in this case.

Grdic was charged with driving while impaired on June 23, 1979 with a blood alcohol level over .08. The arresting officer testified at his trial on November 1, 1979 that he had stopped Grdic at 6:30 p.m. on the day in question. A breathalyzer certificate was introduced showing that Grdic had provided breath samples at 7:30 p.m. and again at 7:50 p.m. that same day and both samples indicated a blood alcohol level of .17. Grdic's defence was mistaken identity. He acknowledged that he was stopped on the day in question but denied that it was at the time alleged. He testified that he was stopped around noon and was home by 5:30 p.m. His daughter corroborated his testimony. His case therefore was that the police must have confused his breathalyzer certificates with someone else's.

The trial judge acquitted Grdic of the driving charges, stating:

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.

At the perjury trial the Crown called the same police constable who had given evidence at the impaired driving trial but in addition the Crown called a guard from the Police Station to say that he received a radio call from that police constable and noted the time to be 6:50 p.m. on June 23, 1979. The Crown also called the breathalyzer technician as a witness. His testimony was essentially the same as the information contained in his certificate of analysis which was made an exhibit at the trial in November 1979. The trial judge, relying on this Court's judgment in *Gushue v. The*

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Chouinard et Wilson rendus par

a LE JUGE WILSON (*dissidente*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Lamer et avec égards, je ne souscris pas à sa conclusion que l'appelant Grdic peut en l'espèce soulever une fin de non-recevoir *per rem judicatam*.
b

Grdic a été accusé d'avoir, le 23 juin 1979, conduit alors que ses facultés étaient affaiblies, son taux d'alcoolémie étant supérieur à 0,08. Au c procès, tenu le 1^{er} novembre 1979, le policier qui avait procédé à l'arrestation a témoigné qu'il avait arrêté Grdic à 18 h 30 le jour en question. On a produit en preuve un certificat d'ivressomètre établissant que Grdic avait fourni à 19 h 30 et encore d à 19 h 50 ce même jour deux échantillons d'haleine qui indiquaient l'un et l'autre un taux d'alcoolémie de 0,17. Grdic a plaidé l'erreur sur la personne. Il reconnaît avoir été arrêté le jour en question, mais e nie que ce soit à l'heure mentionnée. D'après son témoignage, corroboré par celui de sa fille, il a été arrêté vers midi et à 17 h 30 il se trouvait chez lui. Grdic fait donc valoir que la police a dû confondre ses certificats d'ivressomètre avec ceux de quel- f qu'un d'autre.

Le juge du procès a acquitté Grdic relativement aux accusations de conduite avec facultés affaiblies, disant:

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

h Au procès pour parjure, le ministère public a cité le policier qui avait déjà déposé au cours du procès pour conduite avec facultés affaiblies, mais a fait témoigner en outre un gardien du poste de police qui a dit avoir reçu un appel radio dudit policier le 23 juin 1979 et avoir noté qu'il était i 18 h 50. Le ministère public a également cité comme témoin l'opérateur de l'ivressomètre. Son témoignage recoupe essentiellement les renseignements contenus dans son certificat d'analyse produit j comme pièce au procès de novembre 1979. S'appuyant sur l'arrêt de cette Cour *Gushue c. La*

Queen, [1980] 1 S.C.R. 798, acquitted the appellant on the basis of issue estoppel before he was required to elect whether or not to call evidence. He found that the issue before him on the perjury trial had been determined at the impaired driving trial. He also found that the evidence called on the perjury trial was available to the Crown at the earlier trial.

The Crown appealed to the British Columbia Court of Appeal which allowed the appeal. McFarlane J.A., writing for the Court, found that the trial judge misapprehended and misapplied *Gushue* in the same way as *Gushue* had been misapprehended and misapplied by the Alberta Court of Queen's Bench in *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655, and by the Saskatchewan District Court in *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13. The Court of Appeal did not, however, make clear whether it believed that Chief Justice Laskin's decision in *Gushue* stands for the proposition that issue estoppel is *never* available on a perjury charge or whether it is available only where the Crown is attempting to re-try the accused.

In both *Gordon* and *Linnen*, *supra*, *Gushue* was interpreted as holding that the defence of issue estoppel is available to a person accused of perjury whenever the effect of the perjury charge would be to re-try the accused on issues considered during the first trial in which the impugned testimony was given. As articulated by Kerans J. in *Gordon* at p. 657, issue estoppel would apply any time a common issue can be made out between the initial trial and the subsequent perjury charge. This view is premised on Chief Justice Laskin's statement that the initial "jury finding . . . must be regarded as conclusively true" (*Gushue* at p. 805). This statement, in turn, was construed by the courts in *Gordon* and *Linnen* as grounding issue estoppel in a policy that the integrity of jury verdicts must be protected. By contrast, the Court of Appeal in the case at bar suggests that the alternative interpretation of *Gushue*, namely that issue estoppel is available only where the accused is placed in double jeopardy, is the more plausible one. The problem

Reine, [1980] 1 R.C.S. 798, le juge du procès a acquitté l'appelant sur le fondement de la fin de non-recevoir avant que celui-ci ait pu être appelé à décider s'il allait citer des témoins. Il a conclu que la question dont il était saisi dans le cadre du procès pour parjure avait été tranchée au procès pour conduite avec facultés affaiblies. Il a conclu en outre que les témoins cités par le ministère public au cours du procès pour parjure auraient pu l'être au procès initial.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par le ministère public. Le juge McFarlane, qui a rédigé les motifs de la Cour, a conclu que le juge du procès avait mal compris et mal appliqué l'arrêt *Gushue* comme l'avaient fait la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans l'affaire *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655, et la Cour de district de la Saskatchewan dans l'affaire *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13. La Cour d'appel n'a toutefois pas précisé si elle estimait que le juge en chef Laskin pose comme principe dans l'arrêt *Gushue* qu'une fin de non-recevoir ne peut *jamaï*s être opposée à une accusation de parjure ou si elle peut être soulevée seulement lorsque le ministère public essaie de faire juger à nouveau l'accusé.

Dans les affaires *Gordon* et *Linnen*, précitées, on a conclu que l'arrêt *Gushue* établit qu'une fin de non-recevoir peut être invoquée par une personne accusée de parjure chaque fois que le procès relatif à cette accusation aurait pour effet de juger à nouveau l'accusé sur des questions examinées au cours du procès initial à l'occasion duquel a été rendu le témoignage attaqué. Selon le point de vue exprimé par le juge Kerans dans l'affaire *Gordon*, à la p. 657, la fin de non-recevoir pourrait s'appliquer chaque fois qu'il est possible de prouver que le procès portant sur l'accusation de parjure soulève une question déjà étudiée au procès initial. Cette opinion est fondée sur la déclaration du juge en chef Laskin que la première «conclusion du jury . . . doit être considérée comme définitive» (l'arrêt *Gushue*, à la p. 805). Dans les affaires *Gordon* et *Linnen*, les cours ont jugé que, vu cette déclaration, la fin de non-recevoir avait pour fondement une politique générale visant à maintenir intacts les verdicts des jurys. En l'espèce, par contre, la

confronting the Court in the present appeal, therefore, is to determine the scope of issue estoppel as enunciated in *Gushue* and particularly its applicability to criminal verdicts and subsequent perjury prosecutions.

The appellant appealed as of right to this Court pursuant to s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*. Three distinct issues of law are raised on the appeal, namely (a) issue estoppel; (b) the relationship between issue estoppel and fraud; and (c) the kind of evidence the Crown must produce in the perjury trial. I propose to deal with those in turn.

(a) Issue estoppel

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 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.)

In *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.*, [1966] 2 All E.R. 536, Lord Guest indicated that the criteria required for the operation of issue estoppel are threefold: (a) the identical question must have been decided in both cases; (b) the judgment creating the estoppel must be a final judgment; and (c) the parties must be the same in both actions. For purposes of this appeal, however, the most significant criterion is that the issue

Cour d'appel retient l'autre interprétation de l'arrêt *Gushue*, c'est-à-dire qu'une fin de non-recevoir ne peut être utilisée que lorsque l'accusé est devant un double péril. Le problème qui se présente à la Cour ici consiste donc à établir quelle est, selon l'arrêt *Gushue*, la portée de la fin de non-recevoir et, en particulier, comment elle s'applique aux verdicts en matière criminelle et aux poursuites subséquentes pour parjure.

L'appellant s'est pourvu de plein droit devant cette Cour conformément à l'al. 618(2)a) du *Code criminel*. Le pourvoi soulève trois questions de droit distinctes, savoir a) la fin de non-recevoir; b) la relation entre la fin de non-recevoir et la fraude et c) le genre de preuve à produire par le ministère public au cours d'un procès pour parjure. Je me propose de traiter à tour de rôle chacun de ces points.

a) La fin de non-recevoir

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 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.)

Dans l'affaire *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.*, [1966] 2 All E.R. 536, lord Guest indique que trois critères doivent être remplis pour qu'on puisse invoquer une fin de non-recevoir: a) la question litigieuse doit être identique dans les deux causes; b) le jugement sur lequel repose la fin de non-recevoir doit être final; et c) il doit s'agir des mêmes parties dans les deux actions. Aux fins du présent pourvoi, toutefois, le critère le plus impor-

alleged to trigger the estoppel must have clearly confronted the court in the previous proceeding and must have been determined with certainty in the course of that court's findings: see *Re Koenigsberg, Public Trustee v. Koenigsberg*, [1949] 1 All E.R. 804 (C.A.); *Sterling Engineering Co. v. Patchett*, [1955] 1 All E.R. 369 (H.L.) As Dickson J. (as he then was) stated in *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at pp. 254-55:

Is the question to be decided in these proceedings . . . the same as was contested in the earlier proceedings? If it is not, there is no estoppel. It will not suffice if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings or is one which must be inferred by argument from the judgment.

(Emphasis added.)

It was held by Laskin C.J. in *Gushue* that issue estoppel can in theory apply so as to prevent re-litigation of an issue between the Crown and the accused in criminal proceedings although as Lord Morris of Borth-y-Gest pointed out in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 at pp. 1321-22, it is only in extremely rare circumstances that the relevant issue whose re-litigation is sought to be estopped can be with sufficient precision identified in the judgment on the earlier proceedings. Indeed, Lord Devlin in *Connelly* highlighted the central concern in indicating that a criminal verdict typically entails no determination of separate issues by the trier of fact so that its conclusion on any given issue must, in the words of Dickson J. in *Angle, supra*, be inferred by argument from the judgment. Accordingly Laskin C.J. in *Gushue* expressed extreme hesitancy in ever permitting an estoppel of a particular question of fact to be premised on a previous criminal verdict in which no specific findings of fact were articulated. Otherwise, he queried, at p. 803:

How can it be ascertained on what issue or issues the finding rested for the purpose of foreclosing a relitiga-

tant est que la question qui est censée donner lieu à une fin de non-recevoir doit avoir été posée clairement à la cour au cours des procédures antérieures et avoir été tranchée de façon définitive: voir les arrêts *Re Koenigsberg, Public Trustee v. Koenigsberg*, [1949] 1 All E.R. 804 (C.A.); *Sterling Engineering Co. v. Patchett*, [1955] 1 All E.R. 369 (H.L.) Comme le souligne le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Angle c. Ministre du Revenu National*, [1975] 2 R.C.S. 248, aux pp. 254 et 255:

Est-ce que la question à être décidée en l'espèce . . . est la même que celle que l'on a débattue dans l'affaire antérieure? Si elle ne l'est pas, il n'y a pas de fin de non-recevoir. Il ne suffira pas que la question ait été soulevée de façon annexe ou incidente dans l'affaire antérieure ou qu'elle doive être inférée du jugement par raisonnement.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge en chef Laskin a conclu dans l'arrêt *Gushue* qu'une fin de non-recevoir peut théoriquement être soulevée pour empêcher que, dans le cadre d'une poursuite criminelle, une question soit remise en cause; toutefois, comme le fait remarquer lord Morris of Borth-y-Gest dans l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254, aux pp. 1321 et 1322, c'est seulement dans des cas extrêmement rares que la question pertinente dont on veut empêcher la remise en cause se dégage de façon assez précise du jugement antérieur. En fait, dans l'arrêt *Connelly*, lord Devlin a fait ressortir la difficulté essentielle lorsqu'il souligne que, normalement, un verdict criminel ne comporte aucune décision du juge des faits sur des questions distinctes de sorte que sa conclusion sur une question donnée doit, suivant les mots employés par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité, être inférée du jugement par raisonnement. C'est pourquoi le juge en chef Laskin, dans l'arrêt *Gushue*, se dit très réticent à permettre qu'une fin de non-recevoir opposée à une question de fait en particulier soit fondée sur un verdict criminel antérieur où aucune conclusion de fait précise n'a été exprimée. À ce propos, il se demande, à la p. 803:

Comment peut-on s'assurer de la question ou des questions sur lesquelles porte la conclusion pour empêcher

tion of that issue or those issues in a subsequent criminal prosecution?

The difficulty in identifying with certainty the factual basis upon which a criminal judgment rests has generally led to a much more limited application of issue estoppel in criminal law than in civil litigation. In the absence of specific findings by the previous court, issue estoppel has been held to "only estop[s] the Crown from questioning in later legal proceedings that which was in substance *fundamental* to the decision in earlier proceedings": *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213 (Ont. H.C.) at p. 218. (Emphasis added). The restrictive application of the doctrine may be illustrated by the decision of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1, a case which entailed facts identical to those in the present appeal. The accused, having first been acquitted of a motor vehicle offence on the strength of his defence of mistaken identity, was charged with having perjured himself during the course of the testimony he gave on his own behalf. Viscount Dilhorne, while expressing doubts as to the very availability of the doctrine in criminal law, noted that even if issue estoppel could operate as a bar to re-opening a conclusively determined fact, that fact would have to be so crucial to the verdict of the first court as to preclude its relevance to any other charge (p. 22). As Lord Widgery C.J. pointed out in the Court of Appeal, *R. v. Humphrys*, [1975] 2 All E.R. 1023, at p. 1026:

... it is only in quite exceptional cases that an argument based on issue estoppel is likely to succeed because it is only in the clearest cases, where it is obvious that the court before which the earlier proceedings were held must have applied its mind and decided the issue on which estoppel is claimed, that the matter can be recognised as having any virtue or effect on the subsequent proceedings.

I must respectfully differ from my learned colleague in his view that a finding was made by the trial judge trying Grdic on the impaired driving charges that he was not the person driving the car at 6:30 p.m. On the contrary, the trial judge, it seems to me, expressly refrained from making any

qu'elles ne soient remises en cause dans une poursuite criminelle subséquente?

Comme il est difficile d'établir avec certitude les faits sur lesquels repose un jugement criminel, la fin de non-recevoir a, de façon générale, une portée beaucoup plus restreinte en droit criminel qu'en matière civile. On a jugé que, à défaut de conclusions expresses de la première cour, une fin de non-recevoir [TRADUCTION] «a simplement pour effet d'empêcher le ministère public de remettre en cause dans le cadre d'une instance ultérieure ce qui était en substance *fondamental* dans la décision antérieure»: *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213 (H.C. Ont.) à la p. 218. (Italiques ajoutées.) L'arrêt de la Chambre des lords, *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1, dont les faits sont identiques à ceux de l'espèce, peut servir à illustrer la portée restreinte de la règle. Ayant opposé avec succès à une infraction relative à l'utilisation d'un véhicule automobile une défense d'erreur sur la personne, l'accusé a par la suite été inculpé de parjure commis au cours de son propre témoignage. Le vicomte Dilhorne, tout en faisant des réserves sur la possibilité même d'invoquer la règle en droit criminel, a fait remarquer que, même quand une fin de non-recevoir pouvait empêcher la réouverture des débats sur une question tranchée de façon définitive, il fallait que cette question soit un élément à ce point capital du verdict de la première cour qu'elle n'aurait aucune pertinence relativement à une autre accusation (à la p. 22). Comme le signalait le lord juge en chef Widgery en Cour d'appel, *R. v. Humphrys*, [1975] 2 All E.R. 1023, à la p. 1026:

[TRADUCTION] ... ce n'est que dans des cas très exceptionnels qu'un argument fondé sur une fin de non-recevoir a des chances d'être retenu, car c'est seulement dans les causes les plus claires, où il est évident que la cour saisie de l'instance antérieure a dû étudier et trancher la question pour laquelle la fin de non-recevoir est invoquée, qu'on peut dire que la décision a une incidence ou un effet quelconque sur les procédures subséquentes.

Avec égards, je me vois dans l'impossibilité de partager l'avis de mon savant collègue que lorsque le juge du procès a jugé Grdic sur les accusations de conduite avec facultés affaiblies, il a conclu que ce n'était pas lui qui était au volant de l'automobile à 18 h 30. Au contraire, à ce qu'il me semble,

finding on that issue. In stating his suspicion that perjury had been committed he gave a strong indication that, although he had a reasonable doubt as to the Crown's version of the events, he was not prepared to accept the facts as presented by the accused. Having regard to that reasonable doubt he had no alternative but to acquit. Accordingly, in the present case the factual determination on which the estoppel is based is one that would have to be inferred from the earlier judgment since it was not the subject of an express finding as required by Dickson J. in *Angle, supra*. Since it cannot conclusively be inferred from that judgment, I do not believe that issue estoppel constitutes a bar to the Crown's pursuit of the perjury charge.

(b) Issue estoppel and fraud

Having concluded that issue estoppel is not available to Grdic it is not, strictly speaking, necessary for me to address the issue of the effect of fraud on the application of the doctrine. However, since much of the argument was devoted to this issue and since my colleague has dealt with it at some length in his reasons, I am addressing it briefly.

Assuming that I am wrong in concluding that a finding of fact in the accused's favour was not implicit in his acquittal on the impaired driving charges and that the doctrine of issue estoppel may be raised by Grdic as a defence to the perjury charge, Grdic faces the hurdle that fraud represents an extrinsic act which can serve to vitiate the initial proceedings: see *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644. Perjury may be said to be a species of deceitful conduct which, although not itself actionable, partakes of all of the elements of fraud: see *Hargreaves v. Bretherton*, [1958] 3 All E.R. 122 (Q.B.); *Watson v. M'Ewan*, [1905] A.C. 480 (H.L.) Accordingly, it is evident that if perjury or other fraudulent conduct can be established any estoppel which might otherwise exist will necessarily be lost.

il s'est expressément abstenu de se prononcer sur cette question. En disant qu'il soupçonnait un parjure, il a laissé fortement entendre qu'il entretenait un doute raisonnable quant à la version des événements donnée par le ministère public, mais qu'il n'était pas davantage disposé à accepter les faits tels que l'accusé les a présentés. Compte tenu de ce doute raisonnable, le juge du procès n'avait d'autre choix que l'acquiescement. Par conséquent, en l'espèce, la conclusion de fait qui constitue le fondement de la fin de non-recevoir devrait être inférée du jugement antérieur, puisqu'il ne s'agit nullement d'une conclusion expresse au sens où l'exige le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Étant donné qu'on ne peut pas l'inférer de ce jugement de façon concluante, je ne pense pas que la fin de non-recevoir empêche le ministère public de donner suite à l'accusation de parjure.

b) La fin de non-recevoir et la fraude

Vu la conclusion que Grdic ne peut se prévaloir d'une fin de non-recevoir, il n'est pas strictement nécessaire de traiter de l'effet de la fraude sur la possibilité de soulever ce type d'exception. Toutefois, puisque les plaidoiries ont porté en grande partie sur cette question et que mon collègue s'est étendu sur le sujet dans ses motifs, je me propose d'en parler brièvement.

À supposer que j'aie tort de conclure qu'une conclusion de fait en faveur de l'accusé ne découle pas implicitement de son acquiescement sur les inculpations de conduite avec facultés affaiblies et qu'il puisse plaider la fin de non-recevoir en tant que défense à l'accusation de parjure, Grdic a tout de même un autre obstacle à surmonter, savoir que la fraude est un acte extrinsèque pouvant avoir pour effet de vicier les procédures initiales: voir *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644. On peut dire que le parjure est une espèce de conduite trompeuse qui, sans donner elle-même lieu à des poursuites, comprend tous les éléments de la fraude: voir les affaires *Hargreaves v. Bretherton*, [1958] 3 All E.R. 122 (Q.B.); *Watson v. M'Ewan*, [1905] A.C. 480 (H.L.) Il est donc évident que, s'il est possible d'établir le parjure ou toute autre conduite frauduleuse, une fin de non-recevoir qui aurait pu par ailleurs être invoquée ne pourra nécessairement plus l'être.

The offence of perjury requires for its proof an examination of the record of the initial proceedings since regardless of whether the court was actually misled, the *actus reus* of the offence is the giving of false evidence and the *mens rea* of knowingly doing so can be inferred from such an act: see *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107. The record of the prior testimony must be compared with some other objective evidence establishing the falsity of such testimony (*R. v. Threlfall* (1914), 10 Cr. App. R. 112, at p. 114) so that to a certain extent the record of the prior proceedings always constitutes part of the evidence in the subsequent one. Accordingly, although Lord Widgery correctly points out in *Humphrys, supra*, that there is no exception *per se* to the doctrine of issue estoppel in relation to a charge of perjury, and the perjury charge cannot be a guise for re-trying the initial case against the accused, the doctrine does not operate so as to make inadmissible evidence going to the act of making a false statement under oath. Proof of such an act, of course, then amounts to the fraud required in order to undermine the very basis on which the estoppel is founded.

(c) The need for new evidence

There are two accepted limitations to the rule that issue estoppel cannot be set up by a party who obtained the initial judgment by fraud, the first being the requirement that any subsequent case against such an accused be made by the Crown on the basis of fresh evidence. This limitation was accepted by Laskin C.J. in *Gushue* and is eminently sensible in view of the need to prohibit the Crown from re-litigating an issue determined adversely to it by the initial court. The fresh evidence rule, however, is not an issue in the present case as the Crown did in fact introduce evidence in the perjury case that had not previously formed part of its case against the accused.

The second limitation to the rule that fraud undermines issue estoppel, however, is very much in issue if one accepts for the moment that issue

Pour prouver l'infraction de parjure, il faut examiner le dossier des procédures initiales parce que, indépendamment de savoir si la cour a été effectivement induite en erreur, l'*actus reus* de l'infraction consiste à porter un faux témoignage et la *mens rea*, c'est-à-dire l'avoir fait sciemment, peut être inférée de cet acte: voir l'arrêt *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107. Il faut mettre le témoignage antérieur en regard d'autre preuve objective établissant la fausseté dudit témoignage (*R. v. Threlfall* (1914), 10 Cr. App. R. 112, à la p. 114) de sorte que, dans une certaine mesure, le dossier des procédures antérieures fait toujours partie de la preuve de l'instance subséquente. Par conséquent, bien que lord Widgery ait raison de souligner dans l'arrêt *Humphrys*, précité, qu'il n'existe pas d'exception en soi à la règle de la fin de non-recevoir dans le cas d'une accusation de parjure et que cette accusation ne peut constituer un prétexte pour juger à nouveau l'infraction initiale reprochée à l'accusé, cela n'entraîne pas l'inadmissibilité de preuves portant sur l'acte qui consiste à faire une fausse déclaration sous serment. Il va sans dire que la preuve d'un tel acte correspond alors à la fraude requise pour saper le fondement même de la fin de non-recevoir.

(c) Le besoin d'une nouvelle preuve

On admet deux restrictions à la règle selon laquelle une partie qui a employé la fraude pour obtenir le jugement initial ne peut se prévaloir d'une fin de non-recevoir; la première restriction impose que toute poursuite subséquente du ministère public contre un tel accusé repose sur une nouvelle preuve. Cette restriction a été acceptée par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Gushue* et est éminemment raisonnable compte tenu de la nécessité d'empêcher le ministère public de remettre en cause une question sur laquelle la décision de la première cour lui est défavorable. Toutefois, il n'est pas question en l'espèce de l'application de la règle de la nouvelle preuve, car le ministère public a en fait produit dans le cadre du procès pour parjure des éléments de preuve qui n'avaient pas été apportés au cours de l'instance précédente.

La seconde restriction à la règle selon laquelle la fraude sape la fin de non-recevoir est toutefois directement en cause si on accepte, aux fins de

estoppel is available to the accused in the present situation. As it is traditionally stated, this limitation reflects the idea that a prior finding of fact can only be undermined through the introduction of new evidence which was not and could not by reasonable diligence have previously been obtained: see *Phosphate Sewage Co. v. Molleson* (1879), 4 App. Cas. 801 at p. 814 (H.L.) Lord Hailsham articulated the policy grounds underlying this rule in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, *supra*, at p. 40 where he stated that the fact that the accused was in jeopardy of answering the full case had the Crown been diligent in its conduct of the initial trial leads to a demand that it be barred from compensating for its lack of diligence in a second attempt to convict the accused. Accordingly, the rule reflects the fundamental premise of the entire doctrine of *res judicata* namely, that it is necessary at some point to put an end to any given piece of litigation.

As expressed by Lord Hailsham, the rule that any fresh evidence brought forward by the Crown must have been unavailable at the initial trial is based on the principle that the Crown must be estopped from increasing the prejudice faced by the accused resulting from the Crown's own lack of diligence. This rule, therefore, makes sense when applied to the ordinary plea of *res judicata* since the non-diligent prosecution of the accused for the offence charged cannot give way to a subsequent more thorough prosecution for the same offence. It is in this respect that Friedland in his book *Double Jeopardy* (1969), makes the assertion (p. 129) referred to by my colleague that an acquittal must be perceived as equivalent to a finding of innocence. However, an acquittal for the offence of impaired driving cannot be said to be equivalent to a finding of innocence in a separate charge for perjury any more than it can apply to an altogether factually distinct offence. Where the question is one of issue estoppel rather than *res judicata*, and the second offence is different from the one with which the accused was initially charged, the prejudice imposed upon the accused is not increased by a lack of diligence on the part of the Crown. Indeed, the only result of the Crown's

l'analyse, que l'accusé peut soulever une fin de non-recevoir en l'espèce. Dans sa formulation traditionnelle, cette restriction traduit la notion qu'une conclusion de fait antérieure ne peut être attaquée que par une nouvelle preuve qu'on n'a pas obtenu auparavant et qu'on ne pouvait pas obtenir par une diligence raisonnable: voir l'arrêt *Phosphate Sewage Co. v. Molleson* (1879), 4 App. Cas. 801, à la p. 814 (H.L.) Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, précité, à la p. 40, lord Hailsham énonce les principes généraux sur lesquels repose cette restriction. Selon lui, le fait que l'accusé aurait eu à répondre à l'ensemble de la preuve si le ministère public avait été diligent dans la conduite des poursuites initiales, entraîne que le ministère public ne doit pas pouvoir rattraper son manque de diligence en tentant une seconde fois de faire déclarer l'accusé coupable. La restriction exprime donc la prémisse fondamentale qui sous-tend tout le principe de la chose jugée, savoir qu'il faut bien à un moment donné mettre fin à un litige.

Telle qu'elle est énoncée par lord Hailsham, la règle voulant que toute nouvelle preuve produite par le ministère public ne doive pas avoir été disponible lors du procès initial a pour fondement le principe selon lequel il faut empêcher le ministère public, par son propre manque de diligence, d'accroître le préjudice auquel l'accusé est exposé. Il est donc logique d'appliquer cette règle au plaidoyer ordinaire de chose jugée, car, si on manque de diligence en poursuivant l'accusé pour l'infraction qui lui est reprochée, on ne peut par la suite engager des poursuites plus complètes relatives à la même infraction. C'est à ce propos que Friedland dans son ouvrage intitulé *Double Jeopardy* (1969), à la p. 129, fait l'observation, citée par mon collègue, qu'un acquittement doit être considéré comme l'équivalent d'une déclaration d'innocence. Cependant un acquittement relatif à l'infraction de conduite avec facultés affaiblies n'est pas l'équivalent d'une déclaration d'innocence à l'égard d'une accusation distincte de parjure pas plus qu'il ne le serait dans le cas d'une infraction tout à fait différente sur le plan des faits. Lorsqu'on soulève une fin de non-recevoir plutôt que la chose jugée et que la seconde infraction est différente de celle initialement imputée à l'accusé, un

failure to bring forward all the evidence going to rebut the accused's allegedly perjured testimony in the first instance is the failure of the prosecution to win a conviction on the initial charge. Accordingly, rather than facing the possibility of two convictions, the accused is in jeopardy of conviction for only one offence. The policy ground of increased prejudice upon which Lord Hailsham's insistence on the requirement of previously unavailable evidence is based has no application here. So long as the Crown introduces some evidence that was not introduced on the initial trial there is no basis in principle for excluding fresh evidence probative of the alleged falsity of the accused's testimony.

Summary of Conclusions

Although the doctrine of issue estoppel is in principle applicable to criminal proceedings where the Crown brings a second charge tangentially concerning the same facts as a charge on which the accused was acquitted, availability of the doctrine depends on there being explicit findings of fact on which the initial verdict can be seen to have logically depended. 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.

Even if the necessary finding of fact can be discerned in the initial judgment, a party raising issue estoppel as a defence to a perjury charge must overcome the hurdle posed by the rule that a judgment fraudulently obtained cannot form the basis of an estoppel. Accordingly, at a minimum the record of the initial trial must be put in evidence since the falsity of the accused's testimony is the central issue in the perjury charge. Although the Crown may be barred from using the perjury charge as a guise in which to simply re-litigate the original charge on evidence it failed

manque de diligence de la part du ministère public n'a nullement pour effet d'accroître le préjudice auquel l'accusé est exposé. En fait, le défaut du ministère public de produire la totalité de la preuve contredisant le faux témoignage que l'accusé aurait fait au cours du premier procès n'a pas d'autre effet que d'empêcher la poursuite d'obtenir une déclaration de culpabilité sur l'accusation initiale. Tel étant le cas, l'accusé court le risque d'être déclaré coupable non pas de deux infractions, mais d'une seule. On ne peut appliquer en l'espèce le principe général relatif à l'accroissement du préjudice en fonction duquel lord Hailsham insiste pour qu'il y ait une preuve dont on ignorait auparavant l'existence. Du moment que le ministère public apporte une preuve non produite au cours du procès initial, on ne peut en vertu d'aucun principe exclure une nouvelle preuve tendant à établir la fausseté du témoignage de l'accusé.

Résumé des conclusions

Bien que la règle de la fin de non-recevoir puisse en principe être invoquée dans le cadre de poursuites criminelles engagées par le ministère public relativement à une seconde accusation qui se rapporte indirectement aux mêmes faits que ceux d'une accusation relativement à laquelle l'accusé a été acquitté, on ne peut la soulever en l'absence de conclusions de fait explicites dont, à l'évidence, dépendait logiquement le verdict initial. 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.

À supposer même qu'il soit possible de discerner la conclusion de fait nécessaire dans le jugement initial, une partie qui oppose une fin de non-recevoir à une accusation de parjure doit surmonter l'obstacle que constitue la règle voulant qu'un jugement obtenu par la fraude ne puisse fonder une fin de non-recevoir. En conséquence, il faut à tout le moins que le dossier du premier procès soit produit en preuve, car la fausseté du témoignage de l'accusé se trouve au centre de l'accusation de parjure. Quoique le ministère public puisse être irrecevable à se servir de l'accusation de parjure

to adduce on the original charge, there appears to be no logical reason to estop a prosecution from introducing fresh evidence which, although available all along, is probative of the essential elements of the perjury charge. Such evidence, despite its having been available, may have been perceived as of only minimal relevance to the initial charge and its subsequent introduction in the case to which it is highly relevant cannot be said to prejudice the accused in any way.

For these reasons I would dismiss the appeal.

The judgment of Estey, McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

LAMER J.—This appeal addresses the question of the availability of the defence of issue estoppel *per rem judicatam* on a charge of perjury. It also affords an opportunity to examine the application of the doctrine of double jeopardy and see to what extent its effect with respect to a perjury prosecution is to introduce an exception to the general rule that “issue estoppel” cannot be founded on fraud.

The Facts

In November 1979, the appellant Grdic was tried on charges that, on June 23, 1979, he drove while impaired and with a blood alcohol level over .08. A police constable testified that he had stopped Grdic at approximately 6:30 p.m. when he observed him driving erratically. A certificate of analysis was introduced to prove that Grdic had provided breath samples at 7:30 p.m. and 7:50 p.m. on June 23 and that the samples indicated a blood alcohol level of .17.

Grdic testified that he had been stopped for impaired driving on June 23 but denied that he was driving and was stopped at the time given by the constable. His testimony was that he was stopped at approximately noon, gave samples of his breath at that time, and that he was definitely home as of 5:00 p.m. Grdic's daughter gave evi-

comme prétexte pour simplement remettre en cause l'accusation initiale en apportant des preuves non produites au premier procès sur cette accusation, il paraît ne pas y avoir de raison logique d'empêcher la poursuite de présenter une nouvelle preuve qui, bien qu'ayant toujours été disponible, établit les éléments essentiels de l'accusation de parjure. Malgré l'existence de cette preuve, on a pu estimer qu'elle n'avait que très peu de rapport avec l'accusation initiale et on ne peut pas dire que sa production ultérieure dans l'affaire où elle est éminemment pertinente cause un préjudice à l'accusé.

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

Version française du jugement des juges Estey, McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi porte sur la possibilité d'opposer une fin de non-recevoir *per rem judicatam* (estoppel) à une accusation de parjure. Il fournit en même temps l'occasion d'examiner l'application de la doctrine du double péril et de voir dans quelle mesure, dans des poursuites pour parjure, cette doctrine a pour effet de créer une exception à la règle générale selon laquelle une «fin de non-recevoir» ne peut se fonder sur la fraude.

Les faits

En novembre 1979, l'appellant Grdic a subi son procès relativement à des accusations d'avoir, le 23 juin 1979, conduit alors que ses facultés étaient affaiblies et qu'il avait un taux d'alcoolémie de plus de 0,08. Un agent de police a témoigné qu'il avait arrêté Grdic vers 18 h 30 après l'avoir vu conduire de façon irrégulière. On a produit en preuve un certificat d'analyse établissant que Grdic avait fourni des échantillons d'haleine à 19 h 30 et à 19 h 50 le 23 juin et que ces échantillons indiquaient un taux d'alcoolémie de 0,17.

Grdic a témoigné que, le 23 juin, il s'était fait arrêter pour conduite avec facultés affaiblies, mais il a nié avoir conduit et avoir été arrêté à l'heure mentionnée par l'agent de police. Selon le témoignage de Grdic, il a été arrêté vers midi, a alors fourni des échantillons d'haleine et était certainement chez lui dès 17 h. Son témoignage a été

dence corroborating his testimony. The Crown did not attempt to call anyone in rebuttal.

The trial judge dismissed the charges.

In June 1980, the appellant was tried on a charge that he had perjured himself during the course of his trial in November 1979. At the perjury trial the Crown called the same police constable who had testified at the original trial and called other witnesses, who had not, in order to corroborate the constable's version of the time at which Grdic had been stopped. The trial judge acquitted Grdic before he was required to elect whether to call evidence, on the basis of the application of issue estoppel.

Judgments

1) *Provincial Court of British Columbia: Overend Prov. Ct. J.*

He was of the view that the point at issue in the perjury case, the truth of the appellant's alibi, was determined by Behncke Prov. Ct. J. who he dismissed the original charges; that the Crown was not allowed, in effect, to re-try an accused through the mechanism of a trial on perjury charges, except if there was fresh evidence which was not available at the time of the original trial. Finding that the evidence to rebut Grdic's alibi was available to the Crown at the time of the original trial and that it did not seek to apply for an adjournment to call rebuttal evidence, he applied the principle of issue estoppel and, as a result, acquitted the accused.

2) *Court of Appeal of British Columbia: McFarlane J.A., Carrothers and Hinkson J.J.A. concurring.*

McFarlane J.A. felt it significant that the trial judge who acquitted Grdic on the original charges indicated that it was apparent that perjury had been committed and that it was not up to him to solve that problem.

He thought that the trial judge in the present case had misinterpreted *dicta* by Laskin C.J. in his

corroboré par celui de sa fille. Personne n'a présenté de contre-preuve au nom de la poursuite.

Le juge du procès a rejeté les accusations.

En juin 1980, l'appellant a été traduit en justice pour s'être parjuré au cours de son procès de novembre 1979. Au procès pour parjure, la poursuite a cité l'agent de police qui avait déjà témoigné au premier procès et d'autres témoins, qui n'avaient pas déposé à cette occasion-là, afin d'appuyer le récit de l'agent de police quant à l'heure où Grdic avait été arrêté. Le juge du procès, se fondant sur l'application de la fin de non-recevoir, a prononcé l'acquittement de Grdic avant que celui-ci n'ait eu à décider s'il allait présenter une preuve.

Les jugements

1) *Cour provinciale de la Colombie-Britannique: le juge Overend*

Le juge Overend a été d'avis que le point en litige au procès pour parjure, savoir la véracité de l'alibi de l'appellant, avait été tranché par le juge Behncke de la Cour provinciale lorsqu'il a rejeté les accusations initiales et que le ministère public ne pouvait, par le biais de poursuites pour parjure, faire juger un accusé de nouveau, à moins qu'il y ait des preuves nouvelles non disponibles au premier procès. Concluant que la poursuite disposait des preuves nécessaires pour réfuter l'alibi de Grdic lors du premier procès et qu'elle n'avait pas demandé d'ajournement afin de pouvoir produire ces contre-preuves, le juge Overend a appliqué le principe de la fin de non-recevoir et, par conséquent, a acquitté l'accusé.

2) *Cour d'appel de la Colombie-Britannique: le juge McFarlane à l'avis duquel les juges Carrothers et Hinkson ont souscrit.*

Le juge McFarlane a attaché de l'importance au fait que le juge du procès qui a acquitté Grdic relativement aux accusations initiales a indiqué qu'il y avait apparemment eu parjure, mais qu'il ne lui appartenait pas de résoudre ce problème.

Il a estimé que le juge du procès dans la présente affaire avait mal interprété l'opinion inci-

judgment in *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798. The case of *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655, upon which the trial judge relied for his interpretation of *Gushue*, and *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13, were, in the opinion of the Court of Appeal, incorrectly decided.

In *Gushue* the Chief Justice said, at pp. 805-06:

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 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.

A reading of these remarks in context shows, said he, that they do not support the proposition that issue estoppel applies on a perjury charge except where the falsity of the accused's evidence can be established by evidence not available at his first trial.

The Crown's appeal was accordingly allowed and a new trial was ordered.

Issue

Did the British Columbia Court of Appeal err in holding that issue estoppel was not available on the charge of perjury in this case?

In a contemporaneous case, *Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555, I have summarized the generalities on the law of *res judicata* and need only add here those comments particular to the case at bar.

The Meaning of an Acquittal

In the case at bar the trial judge alluded to the commission of perjury. Respondent has not sought support from this but I feel I should nevertheless

dente du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798. De l'avis de la Cour d'appel, les décisions rendues dans l'affaire *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655, sur laquelle le juge du procès a fondé son interprétation de l'arrêt *Gushue*, et dans l'affaire *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13, sont mal fondées.

Dans l'arrêt *Gushue*, le Juge en chef écrit, aux pp. 805 et 806:

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. À mon avis, 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.

Ces observations lues dans leur contexte, dit-il, n'appuient pas l'argument selon lequel une fin de non-recevoir peut être opposée à une accusation de parjure, sauf lorsqu'il est possible d'établir la fausseté du témoignage de l'accusé par des preuves dont on ne disposait pas à son premier procès.

L'appel du ministère public a donc été accueilli et un nouveau procès ordonné.

La question en litige

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en concluant qu'en l'espèce une fin de non-recevoir ne pouvait être soulevée contre l'accusation de parjure?

Dans l'arrêt contemporain *Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555, j'ai résumé les règles générales applicables en matière de *res judicata* et il suffit simplement d'ajouter ici les observations qui intéressent particulièrement la présente instance.

Ce que constitue un acquittement

En l'espèce, le juge du procès a fait allusion à la perpétration d'un parjure. L'intimée n'a pas cherché à s'appuyer sur ce point, mais je me sens

address the matter briefly as the Court of Appeal made some reference to the matter as follows:

At that trial the respondent in due course gave evidence to support a defence of alibi. I think it is by no means conclusive, of course, but it is not without significance that in giving his reasons for judgment the trial judge who acquitted the respondent on those charges said:

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

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.

If the trial judge did not believe the accused, as he was entitled to, and his remarks might be construed as suggesting that he in fact did not believe the accused, he should have entered a conviction. Not having done so, Grdic is entitled to the full benefit of his acquittal.

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 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 find-

obligé de traiter brièvement de cette question, étant donné que la Cour d'appel en parle dans le passage suivant:

[TRANSCRIPTION] À ce procès, l'intimé a, en temps utile, produit des preuves à l'appui d'une défense d'alibi. Je reconnais volontiers que c'est loin d'être concluant, mais il importe tout de même de noter que le juge du procès qui a acquitté l'intimé relativement à ces accusations tient les propos suivants dans ses motifs de jugement:

«Il est bien évident qu'il y a eu parjure 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.»

Il n'existe pas différentes sortes d'acquittements et, à cet égard, je souscris au point de vue selon lequel [TRANSCRIPTION] «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.

Si le juge du procès n'a pas cru l'accusé, comme il avait le droit de le faire et comme ses observations peuvent le laisser croire, il aurait dû inscrire une déclaration de culpabilité. Puisque le juge n'a pas procédé de la sorte, Grdic a le droit de bénéficier pleinement de l'acquittement.

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 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

ing, 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.

The Favourable Finding

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.

Issue Estoppel and Fraud

Issue estoppel cannot inure to a defendant if it be proven that the issue was determined in his favour as a result of fraud, subject to two limitations, one related to the principle of *res judicata*, the other the result of a policy consideration related to fairness to the accused and to the judicial process. De Grey C.J. speaking for the Court in *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644, stated clearly the rule as it had already developed at the time, at p. 651:

... if it was a direct and decisive sentence upon the point, and, as it stands, to be admitted as conclusive evidence upon the Court, and not to be impeached from within; yet, like all other acts of the highest judicial authority, it is impeachable from without: although it is not permitted to show that the Court was mistaken, it may be shown that they were misled.

Fraud is an extrinsic, collateral act; which vitiates the most solemn proceedings of Courts of Justice. Lord Coke says, it avoids all judicial acts, ecclesiastical or temporal.

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.

La conclusion favorable

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.

Fin de non-recevoir et fraude

Un défendeur ne peut invoquer la fin de non-recevoir s'il est prouvé que la question a été tranchée en sa faveur par suite d'une fraude. Cette règle souffre toutefois deux restrictions, l'une qui est reliée au principe de la *res judicata*, l'autre qui découle d'une considération de politique générale reliée à une obligation d'équité envers l'accusé et à l'égard du système judiciaire. Le juge en chef De Grey qui a rédigé les motifs de la cour dans l'affaire *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644, formule clairement la règle telle qu'elle était déjà à l'époque, à la p. 651:

[TRADUCTION] ... s'il s'agit d'une décision définitive portant directement sur le point en litige, la Cour doit la recevoir telle quelle à titre de preuve concluante et elle ne doit pas être attaquée par la même preuve; cependant, comme tous les autres actes de la plus grande autorité judiciaire, cette décision peut être attaquée par une preuve extrinsèque; quoiqu'il ne soit pas permis de démontrer que la Cour a commis une erreur, on peut prouver qu'elle a été induite en erreur.

La fraude est un acte extrinsèque et accessoire qui vicie les procédures même les plus solennelles des cours de justice. De l'avis de lord Coke, elle emporte la nullité de tous les actes judiciaires, qu'ils soient ecclésiastiques ou civils.

Fraud may be set up against an accused so as to deny him the benefit of issue estoppel.

There are many forms of fraud that may be invoked, one of which, and I imagine the most common, is the allegation by the Crown of perjury committed by the defendant. Such an allegation is to the effect that the judge not only erred but erred because he was misled by the fraud, in this case, the perjury. If the allegation is successfully established, then the accused cannot estop the Crown from inviting the judge to re-litigate the issue.

The First Limitation

If to prove the allegation the Crown is merely tendering the same evidence as that tendered previously, then issue estoppel will survive the attack because the Crown's allegation is, in disguise, but a re-litigation of the issue *as litigated previously*, or, to use the words of De Grey C.J., an attempt "to impeach from within".

Indeed another judge, or conceivably the same judge, hearing the subsequent perjury charge is invited to reconsider the same evidence and conclude differently. This can only be done through the appeal process finding reversible error resulting in the ordering of a new trial before a different judge. Therefore perjury *may* defeat issue estoppel but, as said De Grey C.J., only "from without", that is, only if there is additional evidence (I use here the expression "additional evidence" as including any evidence that was not put before the trier of fact in the previous proceeding, whether available or not at the time); it may defeat the estoppel, but not necessarily, and this leads into the second limitation.

Second Limitation

If the additional evidence was available to the Crown under the laws of evidence, using reasonable diligence at the time of the first trial (I am paraphrasing Lord Hailsham of St. Marylebone in

La fraude peut être invoquée contre un accusé de manière à l'empêcher de bénéficier d'une fin de non-recevoir.

a On peut invoquer de multiples formes de fraude parmi lesquelles figure, et je crois que c'est la plus commune, le parjure que, selon le ministère public, le défendeur aurait commis. Selon cette allégation, non seulement le juge a commis une erreur, mais il b l'a commise parce qu'il a été trompé par la fraude, en l'espèce le parjure. Si l'on réussit à prouver cette allégation, l'accusé ne peut à ce moment-là empêcher le ministère public de demander au juge de rouvrir le procès sur la question.

La première restriction

c Si le ministère public ne fait que produire à l'appui de l'allégation la preuve apportée précédemment, la fin de non-recevoir sera alors accueillie parce qu'il s'agira simplement d'une tentative déguisée de rouvrir le procès sur la question *déjà plaidée* ou, pour reprendre les termes du juge en chef De Grey, d'une tentative d'attaquer «par la même preuve».

f En fait, on invite un autre juge, ou peut-être le même juge, saisi de l'accusation de parjure, à réexaminer la même preuve et à en tirer une conclusion différente. Cela peut seulement se faire par l'appel où l'on conclut à l'existence d'une erreur donnant lieu à cassation et où l'on ordonne en conséquence la tenue d'un nouveau procès devant un juge différent. Il s'ensuit qu'un parjure g *peut* faire échouer la fin de non-recevoir mais, comme l'a dit le juge en chef De Grey, «par une preuve extrinsèque», c'est-à-dire, seulement s'il y a une preuve supplémentaire (j'entends par là toute h preuve non soumise au juge des faits au cours de la procédure antérieure, peu importe qu'elle ait ou non été disponible à ce moment-là); cela peut faire échouer la fin de non-recevoir, mais ce n'est pas i inévitable, et ceci nous amène à la seconde restriction.

La seconde restriction

j Si, en vertu des lois régissant la preuve, le ministère public pouvait, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, avoir accès à cette preuve supplémentaire à l'époque du premier procès (je

Director of Public Prosecutions v. Humphrys, [1977] A.C. 1, at p. 40), and the Crown failed to tender it, then it is estopped from so doing later on, not *per rem judicatam*, but for reasons of fairness to the accused who was in jeopardy of answering the full case had the Crown been diligent.

Lord Hailsham dealt with the matter under the doctrine of double jeopardy in *Humphrys, supra*, where at p. 40, he said:

In an indictment for perjury like the present I would think that it is the duty of the court to apply the double jeopardy rule against the Crown not as a matter of discretion but as a matter of law where it is satisfied in substance that all the prosecution is doing is trying to get behind the original verdict by re-trying the same evidence. But where the prosecution by calling additional evidence which it could not have had available using reasonable diligence at the time of the first trial is in substance as well as in form putting the accused in jeopardy not for the original alleged misdemeanour of which he has been acquitted (or convicted) but for his crime against justice committed by perjuring himself at the first trial, there is no double jeopardy and the prosecution is entitled to adduce the evidence and make the assertions necessary to achieve its purpose whether or not the effect is to give rise to the inference that the previous verdict of acquittal was insupportable, or the previous conviction and punishment right.

In *Gushue, supra*, this Court's reference to "subsequent evidence not available" must be viewed in the light of the fact that that was the factual situation addressed by the judgment, and that should not be construed as setting a narrower rule than that which I have expressed and which was that suggested by Lord Hailsham.

I would adopt the words of Kerans J. in *R. v. Gordon, supra*, where, addressing the same issue as in this case, he said, at p. 661:

... I don't think it is a matter only whether the evidence was actually before the court in the first trial or, on the other hand, whether it was evidence that simply didn't

paraphrase ici ce que dit lord Hailsham of St. Marylebone dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1, à la p. 40), et qu'il ait omis de la produire, il ne peut le faire par la suite; ce n'est pas une fin de non-recevoir *per rem judicatam* qui l'en empêche, mais l'équité envers l'accusé qui aurait été mis devant le péril de faire face à toute la preuve si le ministère public avait été diligent.

Lord Hailsham a traité de la question en vertu de la doctrine du double péril dans l'arrêt *Humphrys*, précité. À la p. 40 de cet arrêt, il dit:

[TRADUCTION] Dans le cas d'une accusation de parjure comme la présente, j'estime qu'il incombe à la cour d'appliquer la règle du double péril contre le ministère public, non pas discrétionnairement, mais en droit chaque fois que la cour est convaincue au fond que la poursuite vise uniquement à contourner le verdict initial en instruisant à nouveau le procès sur les mêmes preuves. Mais, lorsque la poursuite, par la production de preuves supplémentaires qu'une diligence raisonnable ne lui aurait pas permis d'obtenir au moment du premier procès, se trouve à mettre l'accusé en péril aussi bien en apparence qu'en réalité, non pas pour l'infraction qu'on lui reprochait initialement et à l'égard de laquelle il a été acquitté (ou reconnu coupable), mais pour le crime qu'il a perpétré contre la justice en se parjurant au cours du premier procès, il n'y a pas alors de double péril et la poursuite peut apporter les preuves et faire les assertions nécessaires pour atteindre son objectif, peu importe que cela puisse ou non amener à conclure au caractère insoutenable du verdict d'acquiescement antérieur ou au caractère juste du verdict de culpabilité et de la peine prononcés antérieurement.

Lorsque, dans l'arrêt *Gushue*, précité, cette Cour parle d'une «preuve subséquente non disponible», il faut se rappeler que c'était là la situation de fait visée par le jugement et qu'on devrait éviter toute interprétation qui établirait une règle plus restrictive que celle que j'ai déjà énoncée et qui était celle proposée par lord Hailsham.

Dans la décision *R. v. Gordon*, précitée, le juge Kerans était appelé à se prononcer sur la même question que celle posée en l'espèce. J'adopte ce qu'il dit à la p. 661:

[TRADUCTION] ... À mon avis, la question n'est pas simplement de savoir si la cour disposait réellement de la preuve en question lors du premier procès, ni non plus de

exist at the time of the first trial. I think rather the test is whether or not it was available.

It seems to me much the same policy is involved in the fresh evidence rule. And I am inclined to think the same rule should be applied; "available" means "available by the exercise of reasonable diligence". (Perhaps it should involve also a question of materiality. Fresh evidence operates as a justifying factor. If there is fresh evidence, then a case may be tried and the fresh evidence as well as all other relevant evidence may be advanced, including some that may have been available but not called at the first hearing. The fresh evidence is the Crown's ticket for a new trial. It should therefore be of some significance.)

The practical result of the interaction of these various policy considerations can be enunciated as follows:

On a charge of perjury arising in these circumstances, the Crown is estopped from re-litigating an issue 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 at the time of the first trial available by the exercise of reasonable diligence.

Now to deal with the facts of this case.

It is conceded by the Crown that the new evidence was available at the time of the original trial. It is argued that "it was not called because it could not have been anticipated that it was necessary". I agree that it could not have been anticipated during the Crown's case prior to the defence; indeed Grdic did not give any indication, either prior to trial or through his cross-examination of witnesses that his defence would be one of mistaken identity through proof of his being present elsewhere at the time of the taking of the sample. That the Crown was taken by surprise by this defence is beyond doubt, as is beyond doubt the fact that the Crown could not, through the exercise of reasonable diligence, foresee the defence. The Crown was therefore entitled to call

savoir s'il s'agissait d'une preuve qui n'existait tout simplement pas à ce moment-là. J'estime que le critère à appliquer est plutôt celui de la disponibilité de cette preuve.

À ce qu'il me semble, l'objet est essentiellement le même que celui visé par la règle quant à la preuve nouvelle et je suis porté à croire qu'il y a lieu d'appliquer la même règle, auquel cas «disponible» signifie «disponible par l'exercice d'une diligence raisonnable». (Peut-être aussi que la pertinence devrait entrer en ligne de compte. Une preuve nouvelle sert de justification. Dès lors qu'il y a une preuve nouvelle, une cause peut être instruite et il devient alors possible de produire cette preuve nouvelle ainsi que toutes les autres preuves pertinentes, y compris celles qui ont pu être disponibles lors de la première audition, mais qui n'ont pas été utilisées. La preuve nouvelle est le moyen par lequel le ministère public peut obtenir un nouveau procès. Il faut donc que cette preuve revête une certaine importance.)

Les conséquences pratiques de l'interaction de ces différentes considérations de politique générale peuvent se formuler de la manière suivante:

Dans le cas d'une accusation de parjure dans ces circonstances, le ministère public ne peut rouvrir le procès sur une question tranchée en faveur de l'accusé, à moins qu'il n'offre, en plus ou à la place de la preuve déjà produite, une preuve qui ne pouvait être obtenue lors du premier procès en faisant preuve de diligence raisonnable.

Passons donc maintenant aux faits de la présente espèce.

Le ministère public reconnaît que la preuve nouvelle était disponible au moment du premier procès. On fait valoir qu'elle n'a pas été produite parce qu'il était impossible d'en prévoir la nécessité. J'admets volontiers qu'on n'a pas pu le prévoir pendant que la poursuite présentait sa preuve avant que la défense présente la sienne; en fait, Grdic n'a jamais laissé entendre, que ce soit avant le procès ou au cours de son contre-interrogatoire des témoins, qu'il invoquerait une défense d'erreur sur la personne, fondée sur la preuve de sa présence ailleurs au moment du prélèvement de l'échantillon. Il est indubitable que cela a pris le ministère public au dépourvu et il est tout aussi indubitable que le ministère public ne pouvait, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, prévoir

rebuttal evidence which, under the law, had it chosen to do so, should have been allowed. Indeed, a trial judge should exercise his discretion in favour of allowing rebuttal evidence when the issue raised by the defence arose *ex improviso*, could not have been foreseen by the Crown, and that the Crown is not in effect attempting to split its case. (See for example *R. v. Parkin* (No. 2) (1922), 37 C.C.C. 35; *R. v. Therien and Sanseverino* (1943), 80 C.C.C. 87; *R. v. Coombs* (1977), 35 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Campbell* (1978), 1 C.R. (3d) 309 and *R. v. Kerr* (1983), 18 Man. R. (2d) 230). Admissible through rebuttal, the evidence was available to the Crown and the Crown, having heard the defence, was no longer in a position to argue that "it could not have been anticipated that it was necessary" to call that evidence.

I would therefore allow this appeal, quash the order for a new trial entered by the Court of Appeal, and restore the acquittal entered by the trial judge.

Appeal allowed, DICKSON C.J. and BEETZ, CHOUINARD and WILSON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Horembala & Smith, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General for the Province of British Columbia.

cette défense. Il lui était donc permis d'apporter une contre-preuve qui, en droit, s'il avait choisi de le faire, aurait dû être autorisée. En effet, le juge du procès doit exercer son pouvoir discrétionnaire et admettre la contre-preuve lorsque le moyen plaidé en défense est soulevé *ex improviso*, que le ministère public ne pouvait le prévoir et que celui-ci n'essaie pas en réalité de scinder sa preuve. (Voir par exemple les décisions *R. v. Parkin* (No. 2) (1922), 37 C.C.C. 35; *R. v. Therien and Sanseverino* (1943), 80 C.C.C. 87; *R. v. Coombs* (1977), 35 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Campbell* (1978), 1 C.R. (3d) 309 et *R. v. Kerr* (1983), 18 Man. R. (2d) 230). Or le ministère public disposait de cette contre-preuve qui était admissible à titre de réplique et, après avoir entendu le moyen de défense, il ne pouvait dès lors plus prétendre «qu'il était impossible d'en prévoir la nécessité».

d Je suis donc d'avis d'accueillir ce pourvoi, de casser l'ordonnance de nouveau procès inscrite par la Cour d'appel et de rétablir l'acquittement inscrit par le juge du procès.

e *Pourvoi accueilli, le juge en chef DICKSON et les juges BEETZ, CHOUINARD et WILSON sont dissidents.*

f *Procureurs de l'appelant: Horembala & Smith, Vancouver.*

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la province de la Colombie-Britannique.