

Pierre Joseph Jean Duhamel *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 16854.

1984: February 2; 1984: December 13.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Res judicata — Issue estoppel — Separate trials for commission of two robberies — Accused's statements ruled inadmissible at first trial — Whether Crown estopped from relitigating the question of admissibility of accused's statements at second trial — Whether "issue estoppel" should extend to findings on voir dire.

Appellant was charged with two counts of robbery and tried separately on each count. At the first trial, following a *voir dire*, statements made by the accused were declared inadmissible and the accused was acquitted. The second trial took place before a different judge. Despite the accused's objections that the Crown was estopped from relitigating the issue of voluntariness of the statements, the trial judge held a *voir dire* and admitted the statements. The accused was subsequently convicted. His appeal from conviction and sentence was dismissed.

Held: The appeal should be dismissed.

The Crown is not estopped from relitigating the admissibility of a statement made by an accused and ruled inadmissible by a judge holding a *voir dire* in a previous criminal proceeding. In the absence of a right of appeal for findings on *voir dire* held during a preliminary inquiry and in the absence of an autonomous appeal for findings on *voir dire* held during trial, it is not desirable to extend the doctrine of *res judicata* to such findings and to depart from the traditional approach of the doctrine in the field of interlocutory findings.

People v. Williams, 322 N.E. 2d 461 (1975); *People v. Gray*, 222 N.W. 2d 515 (1974); *People v. Mann*, 280 N.W. 2d 577 (1979); *R. v. Bellissimo* (1980), 4 W.C.B. 453; *R. v. Kienapple*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798, referred to.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1981), 131 D.L.R. (3d) 352, 64 C.C.C.

Pierre Joseph Jean Duhamel *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° du greffe: 16854.

1984: 2 février; 1984: 13 décembre.

^b Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Droit criminel — Chose jugée — Fin de non-recevoir — Deux chefs d'accusation de vol qualifié jugés séparément — Déclarations de l'accusé jugées irrecevables au premier procès — La poursuite peut-elle au deuxième procès débattre de nouveau la recevabilité des déclarations de l'accusé? — Faut-il étendre l'irrecevabilité aux conclusions sur voir dire?

L'appellant a été accusé de vol qualifié sous deux chefs d'accusation et jugé séparément sur chaque chef. Lors du premier procès, après un *voir dire*, les déclarations faites par l'accusé ont été jugées irrecevables et l'accusé a été acquitté. Le procès sur le second chef d'accusation a eu lieu devant un juge différent. Malgré l'opposition formulée par l'accusé selon laquelle la poursuite ne pouvait de nouveau débattre du caractère volontaire des déclarations, le juge du procès a tenu un *voir dire* et a reçu les déclarations. L'accusé a, par la suite, été déclaré coupable. L'appel qu'il a interjeté de la déclaration de culpabilité et de la sentence a été rejeté.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La poursuite peut de nouveau débattre de la recevabilité d'une déclaration faite par un accusé et jugée irrecevable par un juge qui a tenu un *voir dire* lors d'une procédure criminelle antérieure. En l'absence d'un droit d'appel sur les conclusions d'un *voir dire* tenu au cours d'une enquête préliminaire et en l'absence d'un droit d'appel spécifique sur les conclusions d'un *voir dire* tenu pendant le procès, il n'est pas opportun d'étendre la portée de la doctrine de la chose jugée à ces conclusions et de s'écarter de la façon habituelle d'aborder la doctrine dans le domaine des conclusions interlocutoires.

ⁱ Jurisprudence: *People v. Williams*, 322 N.E. 2d 461 (1975); *People v. Gray*, 222 N.W. 2d 515 (1974); *People v. Mann*, 280 N.W. 2d 577 (1979); *R. v. Bellissimo* (1980), 4 W.C.B. 453; *R. c. Kienapple*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798.

^j POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1981), 131 D.L.R. (3d) 352, 64

(2d) 538, 25 C.R. (3d) 53, 17 Alta. L.R. (2d) 127, [1982] 1 W.W.R. 127, dismissing the accused's appeal from his conviction and sentence on a charge of robbery. Appeal dismissed.

John James, for the appellant.

Peter Martin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—Is the Crown estopped from relitigating the admissibility of a statement made by the accused which was ruled upon as inadmissible by a judge holding a *voir dire* in a previous criminal proceeding?

That is the issue raised by the facts of this case.

The Facts

Charged with two counts of robbery in the same indictment the accused moved successfully for severance. The trial of the first of the two counts resulted in a directed verdict of acquittal. Indeed, the only evidence tendered by the Crown was an alleged adoption through nods and statements of a statement made by a third party. Following a *voir dire* the statements were declared inadmissible. The trial for the other count took place before a different judge, who, over the accused's objections based on "estoppel", held a *voir dire* and admitted the statements as free and voluntary. The accused was convicted. At the preliminary inquiry the magistrate, subsequent to a *voir dire*, had found the statements admissible.

The Court of Appeal

The judgment of the Court of Appeal of Alberta (1981), 64 C.C.C. (2d) 538, was written by Moir J.A. and, as usual, is a thorough exposition of the law and analysis of its application to the facts of the case at bar.

C.C.C. (2d) 538, 25 C.R. (3d) 53, 17 Alta. L.R. (2d) 127, [1982] 1 W.W.R. 127, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité et de sa sentence relativement à une accusation de vol qualifié. Pourvoi rejeté.

John James, pour l'appellant.

Peter Martin, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—La poursuite peut-elle débattre de nouveau la recevabilité d'une déclaration faite par l'accusé et déjà jugée irrecevable par un juge à l'occasion d'un voir dire dans une procédure criminelle précédente?

C'est la question soulevée par les faits du présent pourvoi.

Les faits

Après avoir été accusé de vol qualifié en vertu de deux chefs d'accusation contenus dans le même acte d'accusation, l'accusé a réussi à obtenir la séparation de ces chefs. Le procès relatif au premier chef d'accusation a donné lieu à un verdict imposé d'acquiescement. En réalité, la seule preuve soumise par la poursuite était simplement l'acquiescement que l'accusé aurait donné au moyen de signes de tête et de déclarations, à une déclaration faite par un tiers. Suite à un voir dire, les déclarations ont été jugées irrecevables. Le procès relatif à l'autre chef d'accusation a eu lieu devant un juge différent qui, malgré les objections de l'accusé fondées sur la «fin de non-recevoir» (*estoppel*), a tenu un voir dire et accepté les déclarations comme étant libres et volontaires. L'accusé a été déclaré coupable. À l'enquête préliminaire, suite aussi à un voir dire, le magistrat avait jugé les déclarations recevables.

La Cour d'appel

Le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta (1981), 64 C.C.C. (2d) 538, a été rédigé par le juge Moir et, comme à l'accoutumée, il constitue un exposé complet du droit applicable et une analyse de son application aux faits de l'espèce.

At first he acknowledged that “issue estoppel” is part of the criminal law, any doubt there may have existed on the matter having been settled by the unanimous decision of this Court in *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798.

He then referred to “issue estoppel” as being derived from the concept of *res judicata*, and said that it “originates in the “estoppel *per rem judicatam*”” aspect of *res judicata*. As regards that particular aspect, he quoted Spencer Bower, *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed., by A. K. Turner, London, Butterworths, 1969, that identifies the supportive policy considerations (referred to as “theories”) of the doctrine as being “the general interest of the community in the termination of disputes” (*expedit reipublicae ut sit finis litium*) and “the right of the individual to be protected from vexatious multiplication of suits and prosecutions” (*nemo debet bis vexari pro uno et eodem delicto*).

Moir J.A., having identified the particular aspect of the doctrine of *res judicata* he felt applicable to the case at bar as being “estoppel *per rem judicatam*” and its two aforementioned supportive policy considerations, went on to quote with approval Spencer Bower as to the constituent elements of estoppel *per rem judicatam*, as follows (at p. 542):

The necessary constituents of estoppel per rem judicatam

19 Any party who is desirous of setting up *res judicata* by way of estoppel, whether he is relying on such *res judicata* as a bar to his opponent’s claim, or as the foundation of his own, and who has taken the preliminary steps required in order to qualify him for that purpose, must establish all the constituent elements of an estoppel of this description, as already indicated in the general proposition enunciated at the commencement of this chapter. That is to say, the burden is on him of establishing (except as to any of them which may be expressly or impliedly admitted) each and every of the following:

- (i) that the alleged judicial decision was what in law is deemed such;
- (ii) that the particular judicial decision relied upon was in fact pronounced, as alleged;
- (iii) that the judicial tribunal pronouncing the decision had competent jurisdiction in that behalf;

Il reconnaît d’abord que la «fin de non-recevoir» fait partie du droit criminel, tout doute qui peut avoir existé sur la question ayant été levé par l’arrêt unanime de cette Cour *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798.

Il affirme ensuite que la fin de non-recevoir découle du concept de la chose jugée et qu’elle [TRADUCTION] «tire son origine de l’aspect «fin de non-recevoir *per rem judicatam*» de la chose jugée. À l’égard de cet aspect particulier, il cite *The Doctrine of Res Judicata*, 2^e éd., de Spencer Bower, par A. K. Turner, Londres, Butterworths, 1969, qui affirme que les considérations de principe (appelées «théories») sur lesquelles le principe s’appuie sont [TRADUCTION] «l’intérêt général de la société à ce que les litiges prennent fin» (*expedit reipublicae ut sit finis litium*) et [TRADUCTION] «le droit de l’individu d’être protégé contre la multiplication vexatoire des poursuites» (*nemo debet bis vexari pro uno et eodem delicto*).

Après avoir affirmé qu’à son avis l’aspect particulier du principe de la chose jugée applicable à l’espèce était la «fin de non-recevoir *per rem judicatam*» et après avoir identifié les deux considérations de principe susmentionnées sur lesquelles elle se fonde, le juge Moir cite et approuve Spencer Bower quant aux éléments constitutifs de la fin de non-recevoir *per rem judicatam* (à la p. 542):

[TRADUCTION] *Éléments nécessaires de la fin de non-recevoir per rem judicatam*

19 Quiconque veut invoquer la chose jugée sous forme de fin de non-recevoir, qu’il invoque cette chose jugée pour s’opposer à la demande de son adversaire ou pour étayer sa propre demande, et a pris les mesures préliminaires requises pour pouvoir l’invoquer doit prouver tous les éléments constitutifs d’une telle fin de non-recevoir qui ont déjà été mentionnés dans la proposition générale énoncée au début du présent chapitre. C’est-à-dire qu’il lui incombe de prouver (sauf dans la mesure où ils peuvent être déjà reconnus de façon expresse ou implicite) chacun des éléments suivants:

- (i) que la décision judiciaire invoquée est bien ce qu’elle est censée être en droit;
- (ii) que la décision judiciaire invoquée a vraiment été rendue comme on le prétend;
- (iii) que le tribunal judiciaire qui a rendu la décision était compétent pour le faire;

- (iv) that the judicial decision was final;
- (v) that the judicial decision was, or involved, a determination of the same question as that sought to be controverted in the litigation in which the estoppel is raised;
- (vi) that the parties to the judicial decision, or their privies, were the same persons as the parties to the proceeding in which the estoppel is raised, or their privies, or that the decision was conclusive *in rem*.

He then found as lacking, and fatal to appellant's case, two of those constituent elements: "Finality", and "Identity of issues".

On "finality" he said (at p. 543):

From this arises the related issue as to whether or not interlocutory matters can found an issue estoppel. It seems in principle they can do so but only for a limited purpose. By its very definition, an interlocutory issue is not a final judgment. However, a decision on the interlocutory question may be final and conclusive for the purpose of the proceedings in which it is adjudicated. Outside of those proceedings, however, it cannot bind the parties because it was not a final determination of any issue essential to the verdict.

On "identity" the essence of what he said is in the following passage of his judgment (at p. 544):

Clearly, the key is to determine whether the issue sought to be estopped is fundamental to the prior decision. This contemplates the premise that the prior decision could not have been obtained without the point in issue being resolved in favour of the party urging the estoppel. Collateral matters cannot found an estoppel. Only fundamental matters lead to that result.

and later on, when concluding, he commented on both elements as follows (at pp. 548-49):

Applying the tests of finality and identity of issue of this case is all that remains to be done. On the surface it appears that the ruling made at the earlier trial cannot be challenged; it is to this extent final and conclusive. However, it is clear that the ruling cannot apply to the ruling made by the Provincial Court Judges: Kaufman, *Admissibility of Confessions*, 3rd ed. (1979), p. 63. Nor

- (iv) que la décision judiciaire était définitive;
- (v) que la décision judiciaire a eu pour effet de trancher la même question que celle qu'on cherche à débattre dans le litige où la fin de non-recevoir est opposée;
- (vi) que les parties à la décision judiciaire ou leurs ayants cause sont les mêmes que les parties à la procédure dans laquelle la fin de non-recevoir est opposée, ou leurs ayants cause, ou que la décision était concluante *in rem*.

Il a ensuite conclu qu'il manquait deux de ces éléments constitutifs, ce qui était fatal à la cause de l'appellant: le «caractère définitif» et l'«identité des questions en litige».

Quant au «caractère définitif», il a affirmé ceci (à la p. 543):

[TRADUCTION] Cela soulève la question connexe de savoir si une décision interlocutoire peut servir de fondement à une fin de non-recevoir. En principe, il semble que oui, mais à des fins limitées seulement. De par sa définition même, une décision interlocutoire n'est pas un jugement définitif. Toutefois, une décision sur une question interlocutoire peut être définitive et concluante pour les fins des procédures dans lesquelles elle est rendue. En dehors de ces procédures cependant, elle ne peut lier les parties parce qu'elle ne constitue pas une décision définitive sur une question essentielle au verdict.

Quant à l'«identité», l'essentiel de ce qu'il a dit se trouve dans l'extrait suivant de ses motifs (à la p. 544):

[TRADUCTION] Manifestement, il s'agit essentiellement de déterminer si la question qui fait l'objet de la fin de non-recevoir est fondamentale à la décision antérieure. Cela présuppose que la décision antérieure n'aurait pu être rendue sans que le point en litige ait été tranché en faveur de la partie qui invoque la fin de non-recevoir. Les questions accessoires ne peuvent servir de fondement à une fin de non-recevoir. Seules les questions principales peuvent avoir cet effet.

Plus loin, au moment de conclure, il commente ainsi ces deux éléments (aux pp. 548 et 549):

[TRADUCTION] Il ne nous reste qu'à appliquer à l'espèce les critères du caractère définitif et de l'identité des questions en litige. À première vue, il semble que la décision rendue au procès antérieur ne peut pas être contestée; dans cette mesure, elle est définitive et concluante. Toutefois, il est clair que la décision ne peut s'appliquer à celle des juges de la Cour provinciale:

can the ruling of one trial Judge bind another where a new trial is ordered: *R. v. Hilson* (1958), 121 C.C.C. 139 at p. 142, 15 D.L.R. (2d) 725 at p. 727, 28 C.R. 262 at p. 266. This is so even though, at the first trial the statement was ruled admissible and the Court of Appeal found nothing wrong with the ruling. This appears to me to say that it is for the trial Judge to determine admissibility on the evidence before him and he is not bound by the interlocutory rulings made at an earlier trial even though the statement is the same.

Further, the identity of issue position is clearly fatal to the appellant's position. The issue sought to be estopped must be clearly and unequivocally decided by the Court in the first proceeding as a fundamental step in the logic of the decision. The appellant relies upon the specific finding of the first trial Judge where he specifically held the statement was not voluntary and therefore inadmissible. It is true the issue on the *voir dire* was identical. That is a far cry from establishing that the decision of the first trial Judge was fundamental to the acquittal. As it is put by Spencer Bower and Turner (para. 211): "Is the determination . . . so fundamental to the substantive decision that the latter cannot stand without the former".

The substantive decision is the verdict of acquittal. The interim ruling merely decided that the statement was not admissible. It did not decide any substantive rights. It did not decide an issue of fact or law fundamental to the guilt or innocence of the appellant on the first robbery charge.

If one approaches the finding upon a *voir dire* on the admissibility of statements made by an accused as if it were the usual interlocutory finding on the admissibility of evidence, where relevancy and the probative value of facts are central to the determination, then I agree that such a decision would never enjoy the finality even less the identity required to bring into play the doctrine of issue estoppel. Indeed, the circumstances considered by the judge in deciding the admissibility of a particular piece of evidence are directly related to the facts to be proved in support of the charge and to the nature of the evidence being adduced. Admissibility of such evidence is to be

Kaufman, *Admissibility of Confessions*, 3^e éd. (1979), p. 63. La décision du juge du procès ne peut pas non plus lier un autre juge lorsqu'un nouveau procès est ordonné: *R. v. Hilson* (1958), 121 C.C.C. 139 à la p. 142, 15 D.L.R. (2d) 725 à la p. 727, 28 C.R. 262 à la p. 266. Il en est ainsi même si, au cours du premier procès, la déclaration a été jugée recevable et que la cour d'appel n'a rien trouvé à redire contre cette décision. Quant à moi, cela signifie qu'il appartient au juge du procès de se prononcer sur la recevabilité des éléments de preuve qui lui sont soumis et qu'il n'est pas lié par les décisions interlocutoires rendues à un procès antérieur même si la déclaration est la même.

De plus, la situation relative à l'identité des questions en litige est manifestement fatale à la cause de l'appellant. Le point qu'on demande de déclarer irrecevable doit manifestement avoir été tranché nettement et clairement par la cour pendant la première procédure à titre d'étape fondamentale dans la logique de la décision. L'appellant invoque la décision du juge du premier procès qui a statué précisément que la déclaration n'était pas libre et qu'elle était donc irrecevable. Il est vrai que la question sur laquelle a porté le *voir dire* était la même. Cela est loin de signifier que la décision du juge du premier procès était essentielle à l'acquittal. Pour reprendre l'expression de Spencer Bower et Turner (par. 211): «la décision . . . est-elle à ce point essentielle à la décision sur le fond que cette dernière ne puisse être maintenue sans la première?»

La décision sur le fond est le verdict d'acquittal. La décision interlocutoire a simplement porté que la déclaration n'était pas recevable. Elle n'a déterminé aucun droit de fond. Elle n'a pas tranché une question de fait ou de droit essentielle à la culpabilité ou à la non-culpabilité de l'appellant quant à la première accusation de vol qualifié.

Si l'on envisage la décision rendue à l'occasion d'un *voir dire* portant sur la recevabilité des déclarations faites par un accusé comme s'il s'agissait d'une décision interlocutoire ordinaire sur la recevabilité d'un élément de preuve, où la pertinence et la valeur probante des faits jouent un rôle essentiel, alors je suis d'accord pour dire qu'une telle décision n'aurait jamais le caractère définitif et encore moins l'identité nécessaires pour faire jouer le principe de la fin de non-recevoir. En effet, les circonstances dont le juge tient compte pour décider de la recevabilité d'un élément particulier de preuve sont directement liées aux faits dont il faut faire la preuve pour soutenir l'accusation et à la

determined in the light of the factual setting of each case. Of course there cannot be estoppel and, on this, I cannot but agree with Moir J.A. But there is, I respectfully submit, a great difference between such determinations and those where the finding is unrelated to innocence and guilt and the circumstances being considered have nothing whatsoever to do with the material or mental elements of the alleged crime. Such is the case when, for example, the Crown wishes to adduce evidence electromagnetically obtained (s. 178.11 *Cr.C.*); as will possibly be the case for certain findings on evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. And such is also the case for *voir dire*s on "confessions".

A *voir dire* on the admissibility of a statement made by an accused has been properly coined "a trial within a trial". (See for example, Fred Kaufman, *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed., Toronto, The Carswell Co. Ltd., 1979, at p. 35.)

The issue is the admissibility of the statement irrespective of its content. The trial of that issue is held by a trier other than the trier of fact, and this is so even though they may be the same physical person: the judge holding the *voir dire* is acting in a different capacity than when considering the statement's probative value as a trier of fact. The facts relevant to the issue are foreign to the issue of guilt. They concern the circumstances leading up to and of the making of the statement and have nothing to do with those of the alleged offence. The accused may testify and his cross-examination is limited to those facts, and the Crown cannot ask questions pertaining to the offence, though some judgments have held that he may, for the sole purpose of assessing his credibility, be asked whether his statement was true. In fact it is conceivable, were the law to permit so (and I think in many ways desirable in terms of saving time, specially that of jurors and witnesses), that the *voir dire* be held outside the proceedings dealing with the offence, even before. Though the state-

nature de la preuve présentée. La recevabilité de tels éléments de preuve doit être appréciée en fonction des faits de chaque espèce. Il va sans dire qu'il ne peut y avoir de fin de non-recevoir et, à ce sujet, je ne puis qu'être d'accord avec le juge Moir. Mais, j'estime avec égards qu'il y a une grande différence entre ces décisions et celles où la conclusion n'a rien à voir avec la culpabilité ou la non-culpabilité et où les circonstances examinées n'ont absolument rien à voir avec les éléments matériels ou mentaux de l'acte criminel imputé. C'est le cas lorsque, par exemple, la poursuite veut produire des éléments de preuve obtenus au moyen d'un dispositif électromagnétique (art. 178.11 du *Code criminel*); ce pourrait aussi être le cas pour certaines conclusions tirées, en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, quant à des éléments de preuve. C'est aussi le cas pour les voir dire relatifs à des «aveux».

On a à juste titre qualifié de «procès dans un procès» le voir dire sur la recevabilité d'une déclaration faite par un accusé. (Voir, par exemple, Fred Kaufman, *The Admissibility of Confessions*, 3^e éd., Toronto, The Carswell Co. Ltd., 1979, à la p. 35.)

La question porte sur la recevabilité de la déclaration quelle que soit sa teneur. L'instruction de cette question est faite par un juge autre que le juge des faits et il en est ainsi même s'il peut s'agir de la même personne physique: le juge qui tient le voir dire agit en une qualité différente de celle de juge des faits en vertu de laquelle il agit au moment d'examiner la force probante de la déclaration. Les faits applicables à la question n'ont rien à voir avec la question de la culpabilité. Ils ont trait aux circonstances qui ont entraîné et entouré la déclaration et n'ont rien à voir avec celles de l'acte criminel imputé. L'accusé peut déposer et son contre-interrogatoire se limite à ces faits, et la poursuite ne peut poser de questions ayant trait à l'infraction, même si dans certains jugements on a conclu qu'on pouvait le contre-interroger sur la véracité de sa déclaration dans le seul but d'évaluer sa crédibilité. En fait, il est concevable, si la loi le permettait (et je crois que ce serait souhaitable à plusieurs égards pour économiser du temps, spécialement pour les jurés et les témoins) que le

ment itself is tendered as relevant to innocence or guilt, its admissibility, based on the circumstances surrounding its being made, is a completely autonomous question. And for that reason, lack of finality or of identity with an issue necessarily a component of the finding of guilt or of innocence is to me, with respect, of no relevance in deciding this case.

The question to be now addressed is, whether or not the particular nature of these interlocutory findings would justify an extension of the doctrine so as to apply to them. They have not yet been put within the reach of the doctrine by most of the common law jurisdictions that have extended issue estoppel to criminal law (save the States of Illinois in *People v. Williams*, 322 N.E. 2d 461 (1975), and Michigan, in *People v. Gray*, 222 N.W. 2d 515 (1974), and *People v. Mann*, 280 N.W. 2d 577 (1979), and one decision in Canada, *R. v. Bellissimo* (1980), 4 W.C.B. 453 (Ont. Co. Ct.).

Much has been written and said on issue estoppel and *res judicata*.

Although *res judicata* has, since the decision of this Court in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, become a term of art in Canada, I will refer to it in its broadest and traditional sense.

A clear exposition on the matter may be found in Martin L. Friedland's *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969, and more recently in Jacques Fortin's *Preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis Inc., 1984, and need not be repeated here at any length.

In short, *res judicata* means "something that has clearly been decided" and is the reason given by the Romans and the legal systems stemming from theirs, such as ours, to a doctrine that strives to achieve the following:

voir dire se tient en dehors des procédures relatives à l'infraction et même avant celles-ci. Même si la déclaration elle-même est produite parce qu'elle a trait à la culpabilité ou à la non-culpabilité de l'accusé, sa recevabilité, compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été faite, est une question complètement indépendante. Et, pour cette raison, j'estime avec égards que l'absence de caractère définitif ou d'identité avec une question qui constitue nécessairement un élément de la déclaration de culpabilité ou de non-culpabilité est sans importance pour ce qui est de statuer sur la présente espèce.

La question qu'il faut maintenant aborder est celle de savoir si la nature particulière de ces décisions interlocutoires justifierait un élargissement du principe de manière à le rendre applicable à celles-ci. Le principe ne leur a pas encore été étendu par la plupart des juridictions de *common law* qui ont déjà incorporé la fin de non-recevoir au droit criminel (sauf les États de l'Illinois dans *People v. Williams*, 322 N.E. 2d 461 (1975), et du Michigan dans *People v. Gray*, 222 N.W. 2d 515 (1974), et *People v. Mann*, 280 N.W. 2d 577 (1979), et une décision au Canada, *R. v. Bellissimo* (1980), 4 W.C.B. 453 (Cour de comté de l'Ontario).

On a beaucoup écrit et parlé au sujet de la fin de non-recevoir et de la chose jugée.

Bien que l'expression «chose jugée» soit devenue un terme technique au Canada depuis l'arrêt de cette Cour *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, je l'utiliserai dans son sens habituel le plus large.

On peut trouver un exposé clair sur le sujet dans l'ouvrage de Martin L. Friedland, *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969, et dans l'ouvrage plus récent de Jacques Fortin, *Preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis Inc., 1984, et il n'est pas nécessaire de le reprendre ici en détail.

En bref, l'expression «chose jugée» signifie «quelque chose qui a clairement été décidé» et c'est le motif invoqué par les Romains et tous les systèmes juridiques qui découlent du leur, dont le nôtre, pour justifier un principe qui vise à réaliser les objets suivants:

Having regard to fairness to an accused

- (a) that a person not be put in jeopardy once again after an acquittal (*autrefois acquit*);
 - (b) that a person not be punished twice for the same conduct (*autrefois convict* and the *Kienapple* principle);
- and, having regard to the efficiency and reputation of the judicial system,
- (c) that matters that have been fully litigated between parties be not reopened, over and over;
 - (d) that the scandal of conflicting decisions be avoided.

This case illustrates the undesirability of relitigation, as being costly and time consuming, and prone to the risk of conflicting decisions.

There is no doubt in my mind that if there is a bar to an extension of the doctrine of *res judicata* to rulings on confession *voir dire*s, it does not stem from principle or logic. It is desirable that we avoid relitigation of the issue and, as in this case, the risk of conflicting decisions. And, if a *voir dire* is "a trial within a trial" logic commands such an extension unless there are overriding reasons not to do so. In fact, I even think the doctrine could be extended in such cases beyond its actual application to criminal matters so as to introduce "mutuality" (*i.e.* a finding being a bar not only to the Crown but to the accused when adverse to his interest). Indeed, mutuality of issue estoppel has been excluded in criminal law because of the Crown's burden of proving in each and every case all of the elements of the offence. But as I have already said, the facts relevant to the finding and the finding itself on such a *voir dire* are foreign to the facts to be proved by the Crown as regards the commission of the offence by the accused; therefore, what would inure to the Crown through "mutuality" of the finding in no way relaxes its burden of proving facts.

Pour ce qui est de l'équité envers un accusé

- a) éviter qu'une personne soit de nouveau poursuivie après un acquittement (*autrefois acquit*);
 - b) éviter de punir une personne deux fois pour la même conduite (*autrefois convict* et le principe énoncé dans *Kienapple*);
- et quant à l'efficacité et à la réputation du système judiciaire,
- c) éviter que les affaires qui ont été complètement débattues entre les parties puissent être reprises indéfiniment;
 - d) éviter le scandale de décisions contradictoires.

L'espèce montre qu'il n'est pas souhaitable de débattre de nouveau une question parce qu'il en résulte une perte de temps et d'argent et un risque d'arriver à des décisions contradictoires.

Il n'y a pas de doute, selon moi, que s'il existe un empêchement à l'application du principe de la chose jugée aux décisions portant sur des voir dire relatifs à des aveux, il n'en est pas un de principe ou de logique. Il est souhaitable d'éviter de débattre de nouveau une question et, comme en l'espèce, de risquer d'aboutir à des décisions contradictoires. De plus, si le voir dire est «un procès dans un procès», la logique commande une telle application à moins qu'il n'y ait des motifs impérieux de ne pas le faire. En fait, je crois même qu'en matière de voir dire, le principe pourrait trouver application au delà de ses limites actuelles de manière à introduire la «réciprocité» (c'est-à-dire qu'une décision constituerait un empêchement non seulement pour la poursuite, mais pour l'accusé lorsqu'elle lui est défavorable). En réalité, la réciprocité de la fin de non-recevoir a été exclue du droit criminel à cause du fardeau qui incombe à la poursuite de prouver, dans chaque cas, tous les éléments de l'infraction. Mais, comme je l'ai déjà affirmé, les faits applicables à la décision sur un tel voir dire et la décision elle-même n'ont rien à voir avec les faits que la poursuite doit prouver relativement à la perpétration de l'infraction par l'accusé; en conséquence, ce qui s'applique à la poursuite par «réciprocité» de la décision ne diminue en rien son obligation de prouver les faits.

Be that as it may, I do not think it desirable that we extend the doctrine, with or without “mutuality”, to such findings.

To begin with, I cannot see the doctrine develop so as to include the findings on the *voir dire* held at preliminaries. Indeed, when considering the *voir dire per se*, “the trial” within a “trial” is no less a “trial” because it is held in the course of a preliminary. But there is one major reason against the extension: there is no appeal, and error is generally subject to limited review. This is sufficient to deal with that aspect.

At the trial level, the situation as regards appeal is not much better. Though the *voir dire* is in a sense autonomous, it is nevertheless totally dependent upon the main trial for its appeal process. Let us postulate error on the part of the judge in determining the admissibility of the statement. If the statement is wrongly excluded, even through error of law, but the accused nevertheless convicted, benefit of the doctrine of *res judicata* would then be founded upon an error of law beyond the reach of redress. Indeed, the Crown has no appeal from that conviction. Similarly, if the statement is excluded through error of fact, and the accused acquitted, again the erroneous finding is beyond the reach of the courts as the Crown’s right to appeal is limited to matters of law.

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

If we exclude mutuality, all findings at preliminary inquiries and for the same reason those findings at trial that are beyond the reach of review through appeal, the doctrine could then only find application when the statement is excluded, the accused acquitted and the exclusion is based on an error of law. This offers very little payload in terms of avoiding relitigation and nothing

Quoi qu’il en soit, je ne crois pas qu’il est souhaitable d’appliquer le principe, avec ou sans «réciprocité», à de telles décisions.

Tout d’abord, je ne crois pas que le principe puisse englober les décisions sur les voir dire tenus au cours d’enquêtes préliminaires. Bien entendu, si l’on considère le voir dire en tant que tel, il ne perd pas sa nature de «procès dans un procès» pour la seule raison qu’il est tenu au cours d’une enquête préliminaire. Il y a cependant une raison majeure pour ne pas étendre le principe à ces décisions: elles sont sans appel et l’erreur est généralement assujettie à une révision limitée. Cela suffit à trancher cet aspect.

À l’étape du procès, la situation quant à l’appel n’est guère meilleure. Quoique le voir dire soit indépendant en un sens, son processus d’appel dépend néanmoins tout à fait du procès principal. Supposons que le juge fasse une erreur en se prononçant sur la recevabilité d’une déclaration. Si la déclaration est écartée à tort, même à cause d’une erreur de droit, et que l’accusé est quand même déclaré coupable, l’avantage du principe de la chose jugée serait alors fondé sur une erreur de droit impossible à rectifier. En effet, la poursuite n’a aucun droit d’appel à l’encontre de cette déclaration de culpabilité. De même, si la déclaration est écartée à cause d’une erreur de fait, et que l’accusé est acquitté, là encore la décision erronée se trouve hors de la portée des tribunaux puisque le droit d’appel de la poursuite se limite aux questions de droit.

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

Si l’on écarte la réciprocité, quant aux conclusions rendues au cours d’enquêtes préliminaires et, pour la même raison, quant aux conclusions rendues au procès qui ne peuvent pas faire l’objet d’un appel, le principe ne s’appliquerait que lorsque la déclaration est exclue et l’accusé acquitté et que l’exclusion est fondée sur une erreur de droit. Cette extension très limitée de la fin de non-recevoir

ing or little as regards avoiding the danger of conflicting decisions.

The change to the law being a major departure from the traditional approach of the doctrine in the field of interlocutory findings, I think there is a burden placed upon whomsoever invites the change to satisfy this Court that there is clear advantage to the administration of justice in developing the law in this direction.

In the absence of an autonomous appeal of such findings, I do not think that appellant has made that case.

I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: James & Taylor, Calgary.

Solicitor for the respondent: R. W. Paisley, Edmonton.

change peu de choses à la situation actuelle quant à la réouverture des litiges et ne diminue que très peu le risque de décisions contradictoires.

Puisque cette modification du droit constituerait un écart important de la façon habituelle d'aborder le principe dans le domaine des décisions interlocutoires, je crois qu'il incombe à quiconque demande la modification de convaincre la Cour qu'il y a un avantage manifeste pour l'administration de la justice à faire évoluer le droit dans ce sens.

En l'absence d'un pourvoi indépendant sur de telles décisions, je ne crois pas que l'appelant a établi ce point.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: James & Taylor, Calgary.

Procureur de l'intimée: R. W. Paisley, Edmonton.