

Kenneth Bartle Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. BARTLE

File No.: 23623.

1994: March 2, 3; 1994: September 29.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Rights read to person under arrest mentioning availability of legal aid but not mentioning availability of free and immediate duty counsel by toll-free telephone — Arrest made outside normal working hours — Person under arrest not knowing who to call — Incriminating statement made — Whether or not statement should be excluded from evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 254(3)(a), (b), (5).

The appellant was arrested for impaired driving after failing a roadside breathalyser test in the early hours of a Saturday morning. The arresting officer read the appellant his rights under s. 10(b) of the *Charter* from a pre-printed caution card that mentioned the availability of legal aid. The officer did not, however, refer to the fact that free and immediate preliminary legal advice was available from duty counsel, who could be reached by calling a toll-free number printed on the caution card. Shortly after the caution was read to him the appellant made an incriminating statement. After being taken to the police station, the appellant was twice asked whether he wanted to call a lawyer. Again, no mention was made of the toll-free number for free duty counsel. On both occasions the appellant declined. He later testified that he thought that he could only contact a lawyer during normal working hours, and that he had indicated to a constable that he did not know who to call at that time of night. The constable, on the other hand, testified that appellant simply replied "no" when asked if he wanted to contact a lawyer.

Kenneth Bartle Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. BARTLE

N^o du greffe: 23623.

^b

1994: 2, 3 mars; 1994: 29 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

^c

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Services gratuits d'avocats de garde — Mention faite au moment de l'arrestation de la possibilité de recourir à l'aide juridique mais non de l'accessibilité de services juridiques gratuits et immédiats par appel téléphonique sans frais — Arrestation après les heures de bureau — La personne arrêtée ne sait pas qui appeler — Déclaration incriminante — Faut-il écarter la déclaration? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b), 254(3)a), b), (5).

L'appellant a été arrêté un samedi vers 1h du matin pour conduite avec facultés affaiblies après avoir échoué à un alcootest routier. L'agent qui l'a arrêté lui a fait lecture des droits que l'al. 10b) de la *Charte* lui garantit, en se servant d'un carton préimprimé de mise en garde qui mentionnait la possibilité d'obtenir l'aide juridique. Toutefois l'agent ne lui a pas parlé de la possibilité d'obtenir gratuitement et immédiatement des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde qu'il pouvait joindre en composant un numéro de téléphone sans frais imprimé sur le carton. Peu après la mise en garde, l'appellant a fait une déclaration incriminante. Au poste de police, on lui a demandé deux fois s'il voulait appeler un avocat, mais là encore sans mentionner le numéro sans frais des services d'avocats de garde. Les deux fois, l'appellant a refusé. Il a témoigné plus tard qu'il pensait qu'il ne pouvait communiquer avec un avocat que durant les heures de bureau, et qu'il avait dit à un agent qu'il ne savait pas qui appeler à cette heure de la nuit. L'agent a témoigné en revanche que l'appellant avait simplement dit «non» quand il lui avait demandé s'il voulait appeler un avocat.

The appellant's conviction was overturned on appeal to the Ontario Court, General Division but was restored by the Court of Appeal. At issue was whether the information component of s. 10(b) of the *Charter* requires that police routinely refer to the existence and availability of 24-hour duty counsel services providing free, preliminary legal advice, that can be reached by telephoning a toll-free number and, if so, whether the evidence obtained following a failure by the police to fulfil their informational duty should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

The issues are decided as follows:

Section 10(b) of the *Charter* was violated: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. (L'Heureux-Dubé J. dissenting).

Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. held that there is a duty to advise detainees of existing duty counsel services. McLachlin J. held that there is a duty to advise of a right to immediate consultation with counsel independent of financial means, even if duty counsel services are not available. L'Heureux-Dubé J. held that there is no duty to advise detainees of the existence of counsel services, whether or not such services are available.

La déclaration de culpabilité de l'appelant a été annulée par la Cour de l'Ontario, Division générale, puis rétablie par la Cour d'appel. Il s'agit de décider si le volet information de l'al. 10b) de la *Charte* oblige les policiers à mentionner systématiquement l'existence de services d'avocats de garde donnant des conseils juridiques préliminaires gratuits, 24 heures par jour, par appel téléphonique sans frais, et dans l'affirmative, si les éléments de preuve obtenus par suite du manquement des policiers à leur obligation d'informer doivent être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt: (Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les réponses aux questions soumises sont les suivantes:

L'alinéa 10b) de la *Charte* a été violé: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente).

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major concluent qu'il existe une obligation d'informer les personnes détenues de l'existence de services d'avocats de garde. Le juge McLachlin conclut qu'il existe une obligation d'informer du droit de communiquer immédiatement avec un avocat sans égard aux moyens financiers, même quand il n'y a pas de système d'avocats de garde. Le juge L'Heureux-Dubé conclut qu'il n'existe pas d'obligation d'informer les personnes détenues de l'existence de services d'avocats, qu'il en existe ou non.

(1) Section 10(b) of the *Charter*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Section 10(b) places three duties on state authorities: the duty to inform detainees of the right to counsel, the duty to provide them with a reasonable opportunity to exercise this right, and the duty to curtail questioning until that reasonable opportunity has been exercised. The first duty is an informational one. The second and third are implementation duties that are triggered only if a detainee expresses the wish to exercise the right to counsel. The right to counsel that s. 10(b) provides is not absolute. Unless a detainee invokes the right and is reasonably diligent in exercising it, the correlative duty on the police to provide a reasonable opportunity and to refrain from eliciting evidence will either not arise in the first place or will be suspended. The rights guaranteed by s. 10(b) may be waived by the

(1) L'alinéa 10b) de la *Charte*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: L'alinéa 10b) impose trois obligations aux représentants de l'État: informer la personne détenue de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, lui donner la possibilité raisonnable d'exercer ce droit et s'abstenir de l'interroger jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable. La première obligation touche à l'information. Les deuxième et troisième sont des obligations de mise en application qui ne prennent naissance que si la personne détenue indique qu'elle veut exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) n'est pas absolu. À moins que la personne détenue ne fasse valoir son droit et qu'elle ne l'exerce avec diligence, l'obligation correspondante des policiers de lui donner la possibilité raisonnable de l'exercer et de

detainee, but the standard for waiver is high, especially in circumstances where the alleged waiver has been implicit. The information component of the right to counsel must accordingly be comprehensive in scope and be presented by police authorities in a "timely and comprehensible" manner. Unless detainees are clearly and fully informed of their rights at the outset, they cannot be expected to make informed choices and decisions about whether or not to contact counsel and, in turn, whether to exercise other rights, such as their right to silence. Moreover, in light of the rule that police are not required to assure themselves that a detainee fully understands his or her rights, absent special circumstances indicating that a detainee does not understand the s. 10(b) caution, it is important that the standard caution given to detainees be as instructive and clear as possible.

The jurisprudence has added two elements to the information component. A detainee must be given information about access to legal aid and to duty counsel.

Imposing additional informational requirements on the police is justified by the need to fulfil the underlying purpose of the *Charter*-guaranteed right to counsel. Central to s. 10(b) is the information component, which is what is provided universally to all detainees and upon which subsequent correlative duties on the state hinge.

R. v. Brydges stands for the proposition that police authorities are required to inform detainees about Legal Aid and duty counsel services which are in existence and available in the jurisdiction at the time of detention. Basic information about how to access available services which provide free, preliminary legal advice should be included in the standard s. 10(b) caution. Failure to provide such information is a breach of s. 10(b). Where the informational obligations under s. 10(b) have not been properly complied with by the police, questions about whether a particular detainee exercised his or her facilitation rights do not properly arise for consideration. (These questions may become relevant, however, when considering whether the evidence obtained in the course of the *Charter* violation should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*). The breach of s. 10(b) is complete, except in cases of waiver or urgency, upon a failure by state authorities to inform a detainee

s'abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve, soit ne prendra pas naissance, soit sera suspendue. La personne détenue peut renoncer aux droits garantis par l'al. 10b), mais la norme est stricte, surtout lorsque la renonciation alléguée a été implicite. Le volet information du droit à l'assistance d'un avocat doit donc avoir une portée large et les policiers doivent donner les renseignements «promptement et d'une manière compréhensible». À moins d'être clairement et complètement informées de leurs droits dès le début, les personnes détenues ne sauraient faire des choix et prendre des décisions éclairées quant à savoir si elles communiqueront avec un avocat et, en outre, si elles exerceront d'autres droits, comme celui de garder le silence. Qui plus est, étant donné la règle selon laquelle, en l'absence de circonstances particulières indiquant que la personne détenue ne comprend pas la mise en garde prévue à l'al. 10b), les policiers ne sont pas tenus de s'assurer qu'elle comprend pleinement ses droits, il importe que la mise en garde type soit aussi instructive et claire que possible.

La jurisprudence a ajouté deux éléments au volet information: les renseignements sur l'accès à l'aide juridique et à des avocats de garde.

L'imposition d'exigences supplémentaires aux policiers en matière d'information est justifiée par la nécessité de réaliser l'objectif sous-jacent du droit à l'assistance d'un avocat que garantit la *Charte*. Le volet information de l'al. 10b), c.-à-d. l'information donnée dans tous les cas aux personnes détenues et dont dépendent les obligations corrélatives de l'État, revêt un caractère essentiel.

L'arrêt *R. c. Brydges* énonce le principe que les autorités policières sont tenues d'informer les personnes en détention de l'existence dans leur province ou territoire de services d'aide juridique et d'avocats de garde. La mise en garde type faite en vertu de l'al. 10b) devrait comprendre des renseignements de base sur la façon d'avoir accès aux conseils juridiques préliminaires gratuits qui sont à la disposition de ces personnes. L'omission de donner ces renseignements constitue une violation de l'al. 10b). Si les policiers ne se sont pas conformés à leurs obligations découlant de l'al. 10b), on n'a pas à se demander si la personne détenue a exercé son droit de se voir faciliter le recours à l'assistance d'un avocat (toutefois ces questions peuvent être pertinentes lorsqu'il faut décider s'il y a lieu d'écarter, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus par suite de la violation de la *Charte*). La violation de l'al. 10b) est complète, sauf dans les cas de renonciation ou d'urgence, quand les représentants de l'État n'informent pas la personne détenue comme il se

properly of his or her right to counsel and until such time as that failure is corrected.

The validity of a waiver of a procedural right is dependent on it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect. This standard applies equally to *Charter* rights. In the case of s. 10(b)'s informational component, requiring that a person waiving the right have "full knowledge" of it means that he or she must already be fully apprised of the information that he or she has the right to receive. The fact that a detainee indicates that he or she does not wish to hear the information conveyed by the standard police "caution" mandated by s. 10(b) will not, by itself, be enough to constitute a valid waiver of s. 10(b)'s informational component.

If the circumstances reveal that a particular detainee does not understand the standard caution, the authorities must take additional steps to ensure that the detainee comprehends the rights guaranteed by s. 10(b), and the means by which they can be exercised. Conversely, situations may occasionally arise in which the authorities' duty to make a reasonable effort to inform the detainee of his or her s. 10(b) rights will be satisfied even if certain elements of the standard caution are omitted. This will only be the case if the detainee explicitly waives his or her right to receive the standard caution, and if the circumstances reveal a reasonable basis for believing that the detainee in fact knows and has adverted to his rights, and is aware of the means by which these rights can be exercised. The fact that a detainee merely indicates that he or she knows his or her rights will not, by itself, provide a reasonable basis for believing that the detainee in fact understands their full extent or the means by which they can be implemented. There must be a reasonable basis for believing that a detainee who waives the informational component of s. 10(b) is, in fact, cognizant of some, or all, of the information contained in the standard caution. In this case, omitting this information from the standard caution may not result in a violation of s. 10(b).

The standard for waiver of the informational right is high. In light of the informational component's importance in ensuring that the purposes of s. 10(b) are fully recognized, the validity of waivers of that component should only be recognized where it is clear that the detainee already fully understands his or her s. 10(b) rights, fully understands the means by which they can be

doit de son droit à l'assistance d'un avocat et ce, jusqu'à ce que cette omission ait été corrigée.

Pour qu'une renonciation à un droit procédural soit valide, il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger. Ce critère s'applique également aux droits garantis par la *Charte*. Dans le cas du volet information de l'al. 10b), pour qu'une personne renonçant au droit le fasse en «pleine connaissance», elle doit être déjà pleinement informée des renseignements qu'elle est en droit de recevoir. Si une personne détenue indique qu'elle ne désire pas entendre lecture des renseignements figurant sur la «mise en garde» habituelle donnée en vertu de l'al. 10b), ce fait ne constituera pas en soi une renonciation valide au volet information de l'al. 10b).

Lorsque les circonstances révèlent qu'une personne détenue ne comprend pas la mise en garde habituelle, les autorités doivent prendre des mesures additionnelles pour s'assurer qu'elle comprend ses droits en vertu de l'al. 10b) et les moyens qui lui permettront de les exercer. Par contre, il peut à l'occasion y avoir des cas où l'obligation des autorités de prendre des moyens raisonnables d'informer la personne détenue des droits que lui garantit l'al. 10b) sera respectée même s'il y a omission de certains éléments de la mise en garde habituelle. Cela sera possible seulement si la personne détenue renonce explicitement à son droit de recevoir la mise en garde habituelle et si les circonstances révèlent des motifs raisonnables de croire qu'elle connaît ses droits, les a invoqués et est au courant des moyens de les exercer. Le fait qu'une personne détenue indique simplement qu'elle connaît ses droits n'établira pas en soi l'existence de motifs raisonnables de croire qu'elle en comprend pleinement l'ampleur ou qu'elle est au courant des moyens de les mettre en oeuvre. Il doit exister des motifs raisonnables de croire qu'une personne détenue qui renonce au volet information de l'al. 10b) est véritablement au courant de la totalité ou d'une partie des renseignements contenus dans la mise en garde habituelle. Dans ce cas, il peut ne pas y avoir violation de l'al. 10b) si l'on omet les renseignements en question dans la lecture de la mise en garde habituelle.

La norme relative à la renonciation au droit d'être informé est stricte. Compte tenu de l'importance du volet information dans l'atteinte des objectifs de l'al. 10b), on ne devrait reconnaître la validité d'une renonciation que dans les cas où il est évident que la personne détenue comprend pleinement les droits que lui garantit l'al. 10b) ainsi que les moyens qui lui sont offerts pour

exercised, and adverts to those rights. Requiring that these conditions be met ensures that any subsequent waiver of the right to counsel made following a waiver of the informational component will be a fully informed one. Since the informational obligations s. 10(b) imposes on state authorities are not onerous, it is not unreasonable to insist that these authorities resolve any uncertainty that might exist regarding the detainee's knowledge of his or her rights.

The appellant in this case did not express any interest in waiving any of his informational rights, including his right to be informed of the existence of *Brydges* duty counsel services, and moreover, the evidence did not reasonably support the inference that he knew that such services were available. Therefore, he did not waive his s. 10(b) informational rights, so the authorities' failure to inform him properly of the availability of duty counsel resulted in a s. 10(b) violation.

Per La Forest J.: The reasons of Lamer C.J. regarding the scope of obligation of the police to inform a person arrested or detained of existing and available duty counsel services were agreed with.

Per Gonthier J.: Agreement was expressed with the reasons of Lamer C.J. as to the scope of the obligation of the police regarding disclosure upon arrest or detention of existing and available duty counsel services and with the conclusion that appellant's s. 10(b) rights were infringed.

Per McLachlin J.: At a minimum, a detainee must be informed of his or her right to retain and instruct counsel immediately upon detention, and that the right to do so is conferred even on those individuals who cannot afford private counsel. This information must be provided to all detainees, regardless of the presence or absence of duty counsel systems in the jurisdiction at the time of detention. All detainees in Canada have equal rights under s. 10(b), although the means by which those rights may be exercised may not exist in all jurisdictions. Where no means exist for implementing the right to counsel under s. 10(b), a detainee is nevertheless entitled to be told of the scope of his or her rights, after which he or she can make an informed choice about exercising the right. In those jurisdictions where a duty counsel scheme has in fact been implemented, there is an additional duty to inform detainees

les exercer, et qu'elle invoque ces droits. En exigeant le respect de ces conditions, on s'assure qu'une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat, qui suit une renonciation au droit d'être informé, est une décision prise en pleine connaissance de cause. Puisque les obligations d'informer que l'al. 10b) impose aux autorités de l'État ne sont pas écrasantes, il n'est pas déraisonnable d'insister pour que ces autorités dissipent toute incertitude quant à la connaissance que la personne détenue a de ses droits.

L'appellant en l'espèce n'a pas exprimé un désir quelconque de renoncer à ses droits d'être informé, y compris son droit d'être informé de l'existence de services d'avocats de garde selon *Brydges*, et, de plus, la preuve n'appuie pas l'inférence qu'il était au courant de leur existence. L'appellant n'a donc pas renoncé au droit d'être informé que lui garantit l'al. 10b); les autorités ont donc contrevenu à cet alinéa en ne l'informant pas convenablement de l'existence des services d'avocats de garde.

Le juge La Forest: L'opinion du juge en chef Lamer est acceptée quant à l'étendue de l'obligation que la police a d'informer une personne arrêtée ou détenue de l'existence de services d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir.

Le juge Gonthier: L'opinion du juge en chef Lamer est acceptée quant à l'étendue de l'obligation qu'a la police d'informer toute personne arrêtée ou mise en détention de l'existence de services d'avocats de garde et quant à la conclusion qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'appellant.

Le juge McLachlin: Toute personne mise en détention doit, au minimum, être informée qu'elle a le droit de communiquer immédiatement avec un avocat et que ce droit lui est accordé même si elle ne peut pas assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. Ces renseignements doivent être fournis à toute personne détenue, qu'il y ait ou non un système d'avocats de garde dans le ressort au moment de la mise en détention. Toutes les personnes détenues au Canada ont des droits égaux en vertu de l'al. 10b); cependant, les moyens d'exercice de ces droits pourraient bien ne pas exister dans tous les ressorts. S'il n'existe aucun moyen de mettre en application le droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b), toute personne détenue a néanmoins le droit d'être informée de l'étendue de ses droits, après quoi elle peut faire un choix éclairé quant à leur exercice. Dans les ressorts où a été mis en oeuvre un système d'avocats de

of the existence and availability of duty counsel, including information about how to access such services.

The caution given here fell short of meeting even the two minimum requirements of the informational component of s. 10(b), let alone the additional requirement of informing the detainee of available legal aid. Once it has been established that the detainee was not properly informed of his or her right to counsel, the breach of s. 10(b) is complete and issues such as waiver and due diligence do not arise for consideration.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 10(b) of the *Charter* requires the police to inform a person under arrest or detention of the right to consult counsel of choice. If the detainee expresses the desire to consult counsel, the police must provide the detainee with a reasonable opportunity to do so and must refrain from questioning the detainee until the detainee has had that opportunity. The detainee, however, must exercise reasonable diligence in attempting to consult counsel.

While it is desirable to inform a detainee of existing duty counsel services in all circumstances, such information is not constitutionally required by s. 10(b) of the *Charter*. Since s. 10(b) does not require the provinces to establish Legal Aid or duty counsel programs, it is not constitutionally required that police officers provide detainees with information concerning such programs, even in the event that they exist. *R. v. Brydges* goes no further than requiring police officers to inform a detainee of the existence and availability of free advice from Legal Aid and duty counsel when the detainee expresses a concern about his or her ability to afford a lawyer.

On this basis, since the caution, information and facilitation given in this case by the police to the appellant upon his detention met the s. 10(b) requirements discussed above, the appeal should be dismissed.

(2) Section 24(2) of the *Charter*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: To exclude evidence under s. 24(2), a *Charter* violation in the course of obtaining the evidence must first occur. It must also be found that, having regard to all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. In this case, both the breathalyser evidence and the self-incrim-

garde, il existe une obligation supplémentaire d'informer toute personne détenue de l'existence de ce service, y compris de la façon d'y avoir accès.

La mise en garde donnée en l'espèce n'a même pas réussi à satisfaire aux deux exigences minimales du volet information de l'al. 10b), et encore moins à l'exigence supplémentaire d'informer la personne détenue des services disponibles. Une fois établi que la personne détenue n'a pas été informée comme il se doit de son droit à l'assistance d'un avocat, la violation de l'al. 10b) est complète et les questions de renonciation et de diligence raisonnable ne se posent pas.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): L'alinéa 10b) de la *Charte* oblige les policiers à informer une personne en état d'arrestation ou en détention de son droit de consulter un avocat de son choix. Si la personne exprime le désir de consulter un avocat, les policiers doivent lui fournir une possibilité raisonnable de le faire et s'abstenir de l'interroger jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable, à la condition toutefois que la personne fasse preuve de diligence raisonnable lorsqu'elle tente de consulter un avocat.

S'il est souhaitable dans tous les cas d'informer une personne détenue de l'existence des services d'avocats de garde, ce n'est pas une exigence constitutionnelle imposée par l'al. 10b) de la *Charte*. Puisque l'al. 10b) n'exige pas des provinces qu'elles établissent des programmes d'aide juridique ou d'avocats de garde, il n'est pas constitutionnellement exigé des policiers qu'ils fournissent aux personnes détenues des renseignements sur ces programmes, même lorsqu'ils existent. L'arrêt *Brydges* n'impose pas aux policiers d'autre obligation que celle d'informer une personne détenue de la possibilité d'obtenir des conseils gratuits de l'aide juridique et d'avocats de garde lorsque cette personne s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat.

Par conséquent, puisque les policiers ont satisfait aux exigences que leur impose l'al. 10b), c'est-à-dire de mettre en garde et d'informer la personne mise en détention et de lui faciliter le recours à un avocat, ce pourvoi devrait être rejeté.

(2) Le paragraphe 24(2) de la *Charte*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2), il faut d'abord qu'il y ait eu violation de la *Charte* à l'occasion de l'obtention des éléments de preuve et que le tribunal conclue que, eu égard aux circonstances, l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la

inating statement were obtained in the context of the infringement of the appellant's right to counsel under s. 10(b).

Although the applicant bears the ultimate burden of persuasion under s. 24(2), the onus on certain issues will shift to the Crown. Under the second branch of s. 24(2), an issue that arises is whether the accused would have acted any differently had there been no s. 10(b) violation. The legal burden (the burden of persuasion) of establishing that a s. 24(2) applicant would not have acted any differently rests on the Crown. Where conscripted evidence is involved, the conclusion must be drawn that trial fairness has been adversely affected because the evidence might not have been obtained if there had been no breach. Two reasons underlie this conclusion. First, breaches of s. 10(b) tend to impact directly on adjudicative fairness. Where self-incriminatory (as opposed to real) evidence has been obtained as a result of a s. 10(b) violation, its admission will generally have a negative affect on the fairness of the trial. Second, given this Court's warnings about the dangers of speculating as to the advice a lawyer has given a detainee, absent the s. 10(b) breach, any uncertainty about what an accused would have done should be resolved in the accused's favour. For the purposes of considering the effect of admission of evidence on trial fairness, courts assume that the incriminating evidence would not have been obtained but for the violation.

If the state claims that there was no causal link between a *Charter* breach and the obtaining of evidence, it is the state that should bear the burden of proving this assertion.

Although the scope of available legal advice in the impaired driving context is necessarily limited, there is sufficient scope for legal advice to a detainee who has received a breathalyser demand pursuant to s. 254(3)(a) of the *Code* to say that courts must not speculate about the nature of that advice and whether it would have made any difference to the outcome of the case. An *ex post facto* approach should not be used to determine whether or not the defence of "no reasonable and probable grounds" was actually available to the accused on the facts. One of the purposes of s. 10(b) is to provide detainees with an opportunity to make informed choices about their legal rights and obligations. This opportunity is no less significant when breathalyser charges are

justice. En l'espèce, tant les éléments de preuve fournis par l'alcootest que la déclaration auto-incriminante ont été obtenus dans le contexte de la violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b).

Bien que celui qui demande l'exclusion prévue au par. 24(2) assume la charge ultime de persuasion, la charge relative à certains éléments de preuve revient au ministère public. À la seconde étape du par. 24(2), la question se pose de savoir si l'accusé aurait agi différemment sans la violation de l'al. 10b). Le ministère public a la charge ultime (la charge de persuasion) d'établir que le requérant qui invoque le par. 24(2) n'aurait pas agi différemment. Si une preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, il faut en conclure qu'une atteinte a été portée à l'équité du procès, parce que la preuve n'aurait peut-être pas été obtenue en l'absence de violation. Cette conclusion repose sur deux motifs. Premièrement, les violations de l'al. 10b) tendent à se répercuter directement sur l'équité du procès. Dans les cas où une déclaration auto-incriminante (par opposition à une preuve matérielle) a été obtenue par suite de la violation de l'al. 10b), son utilisation nuira généralement à l'équité du procès. Deuxièmement, étant donné les mises en garde qu'a faites notre Cour au sujet des dangers des conjectures sur les conseils qu'un avocat aurait donnés à la personne détenue si l'al. 10b) n'avait pas été violé, tout doute sur ce que l'accusé aurait fait doit être dissipé à son avantage. Au regard de l'effet de l'utilisation des éléments de preuve sur l'équité du procès, les tribunaux présument que la preuve auto-incriminante n'aurait pas été obtenue sans la violation.

Si l'État prétend qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre la violation de la *Charte* et l'obtention de la preuve, il lui incombe de prouver son affirmation.

Bien que l'éventail des conseils juridiques susceptibles d'être donnés dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies soit nécessairement limité, l'éventail des conseils juridiques qui peuvent être donnés à la personne détenue qui a reçu l'ordre de fournir un échantillon d'haleine en conformité avec l'al. 254(3)a) du *Code* est suffisant pour dire que les tribunaux ne doivent pas conjecturer sur la nature de ces conseils et sur la question de savoir s'ils influeraient sur l'issue de la cause. Il faut éviter de trancher avec l'avantage du recul la question de savoir si, d'après les faits, l'accusé pouvait effectivement faire valoir le moyen de défense de «l'absence de motifs raisonnables et probables». L'alinéa 10b) vise notamment à fournir aux personnes détenues la possibi-

involved. Breathalyser evidence in the impaired driving context cannot be held *ipso facto* not to be self-incriminating evidence. Similarly, it cannot be said that its admission does not affect the fairness of a trial.

The evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Admission of the breathalyser tests and the self-incriminatory statement would adversely affect the fairness of the trial. To try and draw conclusions one way or the other as to what the appellant would have done, had he been properly cautioned, would be speculative and the uncertainty must accordingly be resolved against the Crown. Where the impugned evidence runs afoul of the "trial fairness" factor, admissibility cannot be saved by resorting to the "seriousness of the violation" factor. The good faith of the police and questions as to the seriousness of the breach, while favouring admission, cannot cure the fact that the admission would render the trial unfair. Notwithstanding the appellant's near admission of guilt and the seriousness of the problem of drunk driving, the evidence should be excluded in the long-term interests of the administration of justice. Section 24(2) must work together with s. 10(b) to ensure that the privilege against self-incrimination and the principle of adjudicative fairness are respected and protected in our criminal justice system.

Per La Forest J.: The breathalyser test should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, substantially for the reasons given by Lamer C.J., but with some observations about the distinction between conscriptive evidence and real evidence. That distinction is not always helpful; the terms are not mutually exclusive because evidence may well be both. Here the evidence was undoubtedly conscriptive (though by virtue of statute) but the argument that it is real evidence is also maintainable. Rather than relying on the foregoing distinction, it is more useful to examine whether the obtention of the evidence was related to the *Charter* breach.

Here, the breach of s. 10(b) deprived the accused of the possibility of making a choice about whether or not to take the test. The range of advice available to counsel in the particular circumstances was limited, but such

lité de faire des choix éclairés au sujet des droits et des obligations que la loi leur reconnaît. Cette possibilité n'est pas moins importante quand des accusations relatives à l'alcootest sont en cause. On ne saurait affirmer que la preuve fournie par l'alcootest dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies ne constitue pas *ipso facto* une preuve auto-incriminante. De la même façon, on ne peut pas dire que son utilisation ne compromet pas l'équité du procès.

Les éléments de preuve doivent être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L'utilisation des résultats de l'alcootest et de la déclaration auto-incriminante nuirait à l'équité du procès. C'est conjecturer que de tenter de tirer des conclusions dans un sens ou dans l'autre sur ce que l'appelant aurait fait s'il avait été mis en garde de façon appropriée; l'incertitude doit donc être dissipée au détriment du ministère public. Si les éléments de preuve contestés se heurtent au facteur de l'«équité du procès», l'admissibilité de ces éléments ne peut être sauvegardée par un recours au facteur de la «gravité de la violation». Quoique la bonne foi des policiers et les questions touchant la gravité de la violation militent en faveur de l'utilisation des éléments de preuve, cela ne saurait remédier à l'atteinte à l'équité du procès que représenterait leur utilisation. Malgré le quasi-aveu de culpabilité et la gravité du problème que pose la conduite en état d'ébriété, l'exclusion des éléments de preuve en l'espèce sert à long terme l'intérêt de l'administration de la justice. Il faut que le par. 24(2) et l'al. 10b) aient pour effet combiné d'assurer, dans notre système de justice criminelle, le respect et la protection du privilège de ne pas s'incriminer et du principe de l'équité du processus décisionnel.

Le juge La Forest: La preuve obtenue par alcootest doit être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, essentiellement pour les motifs donnés par le juge en chef Lamer; mais la distinction entre la preuve auto-incriminante et la preuve matérielle mérite quelques observations. Cette distinction n'est pas toujours utile; ces expressions ne s'excluent pas mutuellement car une preuve peut être les deux à la fois. En l'espèce, la preuve est évidemment auto-incriminante (quoique par application de la loi), mais on pourrait aussi dire qu'elle constitue une preuve matérielle. Plutôt que de se fonder sur cette distinction, il est plus utile de se demander si l'obtention de la preuve a un lien avec la violation de la *Charte*.

En l'espèce, la violation de l'al. 10b) a privé l'accusé de la possibilité de faire un choix quant à l'alcootest. Les conseils qu'un avocat pouvait donner dans les circonstances étaient limités, mais ils auraient pu changer

advice may well have changed the option exercised by the accused. This inability to exercise a choice because of the failure of the police to comply with the duty set forth in *Brydges* was compelling. Though the case for excluding the evidence was by no means overwhelming, the repute of the administration of justice on the long term is better served by such exclusion, given the need to underline for the police the importance of complying with their duties in relation to the accused's right to counsel.

Per McLachlin J.: The exclusion of the impugned evidence under s. 24(2) of the *Charter* was in the best interests of the administration of justice.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Even if there had been an infringement of s. 10(b), the breathalyser evidence and the appellant's statement should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, since, on the basis of the test set out in *R. v. Collins*, the violation, had there been one, was not a serious one and the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute and render the trial unfair.

As regards the first set of factors under the *Collins* test, admission of the breathalyser results would not render the trial unfair. They are not self-incriminating evidence in the same sense as a confession. Rather, they are *indicia* of a physical condition which existed independently and which could in fact be observed by police officers and recorded by them. Police officers would have required the appellant to take the breathalyser test regardless of whether he spoke to them or to counsel as the breathalyser test is statutorily compellable under the *Criminal Code*.

With respect to the appellant's incriminating statement, even if it would not have been made but for the *Charter* breach, its admission would not seriously prejudice the appellant in that it presents evidence which was otherwise and independently available through the results of the breathalyser tests.

As regards the seriousness of the *Charter* violation, the evidence disclosed that the police had been acting in good faith. Consequently, the admission of the evidence is favoured by this second set of factors under the *Collins* test.

The final group of factors to consider under the *Collins* test concern the effect of the exclusion of the evidence on the administration of justice. Offences against s. 253(b) are extremely serious offences and this has been consistently recognized by this Court. Thus, when

le choix fait par l'accusé. Le fait que cette absence de choix était imputable au non-respect, par la police, de l'obligation formulée dans l'arrêt *Brydges*, est décisif. Bien que les arguments tendant à l'exclusion de la preuve ne soient pas totalement convaincants, son exclusion en l'espèce sert à long terme l'intérêt de l'administration de la justice, compte tenu de la nécessité de faire ressortir qu'il est important pour la police de se conformer aux obligations imposées quant au droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat.

Le juge McLachlin: L'exclusion des éléments de preuve attaqués, en application du par. 24(2), sert l'intérêt de l'administration de la justice.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Même s'il y avait eu violation de l'art. 10b), la preuve obtenue au moyen de l'alcootest et la déclaration de l'appelant ne devraient pas être écartées en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, car, selon le critère énoncé dans *Collins*, la violation n'était pas une violation grave et l'utilisation de ces éléments de preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et de rendre le procès inéquitable.

Pour ce qui est du premier groupe de facteurs, selon le critère établi dans *Collins*, l'utilisation des résultats des alcootests ne rendrait pas le procès inéquitable. Ce ne sont pas vraiment des éléments de preuve auto-incriminants dans le même sens qu'un aveu. Ce sont plutôt des indices d'une condition physique préexistante que les policiers peuvent en fait observer et dont ils peuvent prendre note. Les policiers auraient obligé l'appelant à subir l'alcootest, sans égard au fait qu'il leur ait parlé à eux ou à un avocat puisque le *Code criminel* oblige l'appelant à se soumettre à l'alcootest.

L'utilisation de la déclaration incriminante, même si elle n'aurait pas été faite sans la violation de la *Charte*, ne causerait pas un préjudice grave à l'appelant puisqu'elle fournit des éléments de preuve qu'on aurait pu obtenir par ailleurs de façon indépendante, grâce aux résultats des deux alcootests.

Pour ce qui est de la gravité de la violation de la *Charte*, la preuve indique que les policiers ont agi de bonne foi. En conséquence, le deuxième groupe de facteurs selon *Collins* milite aussi en faveur de l'utilisation des éléments de preuve en question.

Suivant *Collins*, le dernier groupe de facteurs à examiner est l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Les infractions créées par l'al. 253b) sont très graves; notre Cour l'a invariablement reconnu. Par conséquent,

considered in conjunction with the fairness of the trial and the nature of the *Charter* violation, the seriousness of the offence demonstrates that it is the exclusion, rather than admission of the evidence, which would tend to bring the administration of justice into disrepute.

Per Gonthier J. (dissenting): In agreement with L'Heureux-Dubé J., the evidence should not have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Cases Cited

By Lamer C.J.

R. v. Pozniak, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, rev'g (1992), 113 N.S.R. (2d) 156; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Dubois*, [1990] R.J.Q. 681, (1990), 54 C.C.C. (3d) 166; *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537; *R. v. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 S.C.R. 714; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398; *R. v. Mohl*, [1989] 1 S.C.R. 1389; *R. v. Jackson* (1993), 15 O.R. (3d) 709.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

By McLachlin J.

Followed: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Pozniak, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, rev'g (1992), 113 N.S.R. (2d) 156; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537; *R.*

compte tenu de l'équité du procès et de la nature de la violation de la *Charte*, la gravité de l'infraction signifie que c'est l'exclusion, et non l'admission, des éléments de preuve qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge Gonthier (dissident): En accord avec le juge L'Heureux-Dubé, la preuve obtenue n'aurait pas dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

b Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

R. c. Pozniak, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, inf. (1992), 113 N.S.R. (2d) 156; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *R. c. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Dubois*, [1990] R.J.Q. 681, (1990), 54 C.C.C. (3d) 166; *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537; *R. c. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 R.C.S. 714; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398; *R. c. Mohl*, [1989] 1 R.C.S. 1389; *R. c. Jackson* (1993), 15 O.R. (3d) 709.

g Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt suivi: *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.

i Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Pozniak, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, inf. (1992), 113 N.S.R. (2d) 156; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537; *R.*

v. *Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 S.C.R. 368; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398; *R. v. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 S.C.R. 714; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139; *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 10(b), 11(d), 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 254(3)(a), (5).

Authors Cited

Kirewskie, Cassandra. "Update: *R. v. Colarusso*" (1994), 4 *N.J.C.L.* 223.
 Moore, Kathryn. "Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study" (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547.
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993).
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993).
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 81 C.C.C. (3d) 353, 63 O.A.C. 109, 22 C.R. (4th) 1, 45 M.V.R. (2d) 107, 15 C.R.R. (2d) 212, allowing an appeal from a judgment of Cavarzan J. (1992), 41 M.V.R. (2d) 266,

c. Strachan, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 R.C.S. 368; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398; *R. c. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 R.C.S. 714; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139; *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 10b), 11d), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b), 254(3)a), (5).

Doctrine citée

Kirewskie, Cassandra. «Update: *R. v. Colarusso*» (1994), 4 *N.J.C.L.* 223.
 Moore, Kathryn. «Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study» (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547.
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993).
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993).
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 81 C.C.C. (3d) 353, 63 O.A.C. 109, 22 C.R. (4th) 1, 45 M.V.R. (2d) 107, 15 C.R.R. (2d) 212, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Cavarzan (1992), 41 M.V.R. (2d)

12 C.R.R. (2d) 373, allowing an appeal from conviction by Perozak Prov. Div. J. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

Alan D. Gold, for the appellant.

Ian R. Smith, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

LAMER C.J. — This case was heard in conjunction with four other cases also raising s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These other cases, which are handed down concurrently with this one, consist of *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; and *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236. While all of the s. 10(b) cases concern the scope of the state's obligations with respect to duty counsel, in this case as well in that of *Pozniak* and *Harper*, the issue under s. 10(b) is a relatively narrow one to do with disclosure upon arrest or detention of existing and available duty counsel services. Specifically, do persons who are detained and arrested have the right, under the information component of s. 10(b), to be advised as a matter of routine of the existence of a service which provides free, 24-hour preliminary legal advice and can be reached by dialling a 1-800 (toll-free) telephone number?

I. Facts

On June 22, 1991, at approximately 1:00 a.m., Constable Pray arrested the appellant for impaired driving after he failed the roadside ALERT test. The constable read the appellant his rights under the *Charter* from a pre-printed caution card. Specifically, the constable advised the appellant that:

You have the right to retain and instruct counsel without delay.

266, 12 C.R.R. (2d) 373, qui avait accueilli l'appel interjeté de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Perozak de la Cour de l'Ontario (Division provinciale). Pourvoi accueilli, les juges
 a L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

Alan D. Gold, pour l'appellant.

Ian R. Smith, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le présent pourvoi a été entendu en même temps que quatre autres qui portent aussi sur l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces quatre autres pourvois, rendus simultanément, sont les arrêts *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; et *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236. Bien que tous les pourvois relatifs à l'al. 10b) concernent la portée des obligations de l'État en ce qui a trait aux avocats de garde, en l'espèce comme dans les arrêts *Pozniak* et *Harper*, la question qui se pose au regard de l'al. 10b) est assez restreinte; elle se rapporte à la communication, au moment de l'arrestation ou de la mise en détention, de l'existence de services d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir. Plus précisément, les personnes détenues ou arrêtées ont-elles, en conformité avec le volet information de l'al. 10b), le droit d'être informées systématiquement de l'existence d'un service qui leur permet d'obtenir des conseils juridiques préliminaires gratuitement, 24 heures par jour, et du fait qu'ils peuvent appeler sans frais à un numéro 1-800?

I. Les faits

Le 22 juin 1991, vers 1 h, l'agent Pray a arrêté l'appellant pour conduite avec facultés affaiblies après qu'il eut échoué à l'alcootest routier ALERT. L'agent lui a fait lecture des droits que la *Charte* lui garantit, en se servant d'un carton sur lequel était imprimée la mise en garde suivante:

Vous avez le droit de retenir les services d'un avocat et de le consulter sans délai.

You have the right to telephone any lawyer that you wish.

You also have the right to free advice from a Legal Aid lawyer.

If you are charged with an offence, you may apply to the Ontario Legal Aid Plan for legal assistance.

Constable Pray then asked the appellant if he understood, and the appellant responded affirmatively. Constable Pray did not make any reference to the specific availability of immediate, preliminary legal advice by duty counsel, or to the existence of the 24-hour, toll-free legal aid number which was printed on his caution card. Further, Constable Pray did not ask the appellant if he wanted to call a lawyer "now", a question printed on his caution card, because there was no telephone at the roadside. Constable Pray then gave the appellant the standard secondary caution regarding admissions and read him the breath sample demand. At this point, the appellant stated that he had five or six beers after baseball that evening.

Upon arrival at the police station, Constable Pray again asked the appellant if he wished to call a lawyer, making it clear that he could do so "now". The appellant said no, and was turned over to breathalyser technician, Constable Hildebrandt. Constable Hildebrandt also asked the appellant if he wanted to call a lawyer (again, no mention was made of the 1-800 number or of the availability of immediate, preliminary legal advice by duty counsel). The appellant declined to call a lawyer, and then agreed to take the two breathalyser tests, both of which he failed by a significant margin. The appellant was charged with having care or control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

The appellant testified that he thought that the caution he received from Constable Pray meant that he could contact a lawyer "when one would be

Vous avez le droit de téléphoner à l'avocat de votre choix.

Vous avez également droit aux conseils gratuits d'un avocat de l'aide juridique.

Si une accusation est portée contre vous, vous pouvez faire une demande d'aide auprès du Régime d'aide juridique de l'Ontario.

L'agent Pray a ensuite demandé à l'appellant s'il comprenait et ce dernier a répondu affirmativement. L'agent Pray ne lui a pas parlé de la possibilité d'obtenir immédiatement des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde ni de l'existence du numéro de l'aide juridique, pouvant être composé sans frais 24 heures par jour, qui était imprimé sur son carton de mise en garde. En outre, l'agent Pray n'a pas demandé à l'appellant s'il voulait appeler un avocat «maintenant», question qui était imprimée sur son carton de mise en garde, parce qu'il n'y avait pas de téléphone au bord de la route. Il lui a ensuite fait la deuxième mise en garde habituelle concernant les aveux et lui a lu la demande d'échantillon d'haleine. À ce moment-là, l'appellant a dit qu'il avait pris cinq ou six bières dans la soirée après le baseball.

Lorsqu'il est arrivé au poste de police, l'agent Pray a de nouveau demandé à l'appellant s'il voulait appeler un avocat, en lui précisant bien qu'il pouvait le faire «maintenant». L'appellant a dit non, et il a été confié au technicien chargé de l'alcootest, l'agent Hildebrandt. Ce dernier lui a aussi demandé s'il voulait appeler un avocat (lui non plus ne lui a pas parlé du numéro 1-800 ou de la possibilité d'obtenir immédiatement des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde). L'appellant a refusé d'appeler un avocat, puis il a accepté de se soumettre aux deux alcootests, échouant de loin les deux fois. L'appellant a été inculpé d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, infraction prévue à l'al. 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

L'appellant a témoigné qu'il pensait que la mise en garde que lui avait faite l'agent Pray signifiait qu'il pouvait communiquer avec un avocat

available like maybe Monday morning call one” (the arrest was on a Friday night). He explained that he had refused to call counsel because he did not know whom to call, and was at a loss as to whom he could get a hold of. The appellant further testified that he indicated to Constable Hildebrandt that he wanted to call a lawyer, but that he did not know whom he could call. In response to Constable Hildebrandt’s question “Why?”, the appellant indicated that he had said “well I can’t think of anybody to call, it’s too late.” He said that Constable Hildebrandt had no response to that comment, and that there was no indication that Constable Hildebrandt had heard him. Constable Hildebrandt, on the other hand, testified that the appellant simply said “no” when asked whether he wanted to call a lawyer. The appellant testified that he had played baseball on the night in question and afterward had had some beers. He admitted at trial that he probably should not have been on the road that evening.

On December 6, 1991, the appellant was convicted by Perozak Prov. Div. J. of the Ontario Court, Provincial Division. On September 14, 1992, Cavarzan J. of the Ontario Court, General Division, allowed the appellant’s appeal and quashed the conviction, concluding that the appellant’s rights under s. 10(b) of the *Charter* had been infringed and that the evidence of the breathalyser technician ought to be excluded. On May 28, 1993, the Court of Appeal for Ontario allowed the respondent’s appeal and restored the appellant’s conviction.

II. Judgments Below

Ontario Court (Provincial Division) (Perozak Prov. Div. J.)

Perozak Prov. Div. J. considered the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190. He found that it did not apply in the circumstances because the appellant understood and stated that he did not want a lawyer, “and then with the benefit later of hindsight”, stated that “well if I knew I could have used one, I would call one.” Perozak Prov. Div. J. concluded

[TRANSCRIPTION] «lorsqu’il serait possible d’en joindre un, comme lundi matin peut-être» (l’arrestation a eu lieu un vendredi soir). Il a expliqué qu’il avait refusé d’appeler un avocat parce qu’il ne savait pas qui appeler et qu’il ne savait absolument pas qui il aurait pu joindre. L’appelant a témoigné de plus qu’il avait indiqué à l’agent Hildebrandt qu’il voulait appeler un avocat, mais qu’il ne savait pas qui il aurait pu appeler. Quand ce dernier lui a demandé: «Pourquoi?», l’appelant a dit avoir répondu: [TRANSCRIPTION] «eh bien, je ne vois pas qui je pourrais appeler, il est trop tard.» Il a dit que l’agent Hildebrandt n’avait pas répondu à cette remarque et que rien ne lui indiquait qu’il l’avait entendue. L’agent Hildebrandt a témoigné en revanche que l’appelant avait simplement dit «non» quand il lui a demandé s’il voulait appeler un avocat. L’appelant a témoigné qu’il avait joué au baseball le soir en question et qu’il avait pris quelques bières après le match. Il a admis au procès qu’il n’aurait probablement pas dû conduire ce soir-là.

Le 6 décembre 1991, l’appelant a été déclaré coupable par le juge Perozak de la Cour de l’Ontario (Division provinciale). Le 14 septembre 1992, le juge Cavarzan de la Cour de l’Ontario (Division générale), a accueilli l’appel de l’appelant et annulé la déclaration de culpabilité, concluant que les droits de l’appelant garantis par l’al. 10b) de la *Charte* avaient été violés et que la preuve fournie par le technicien chargé de l’alcooltest devait être écartée. Le 28 mai 1993, la Cour d’appel de l’Ontario a accueilli l’appel de l’intimée et rétabli la déclaration de culpabilité de l’appelant.

II. Les juridictions inférieures

La Cour de l’Ontario (Division provinciale) (le juge Perozak)

Le juge Perozak a examiné la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190. Il a conclu qu’elle ne s’appliquait pas aux faits de l’espèce parce que l’appelant comprenait ce qui se passait et a dit qu’il ne voulait pas communiquer avec un avocat, [TRANSCRIPTION] «puis, en réfléchissant après coup», a dit: [TRANSCRIPTION] «eh bien, si j’avais su que je pouvais en

that this was not consistent with the evidence of Constable Hildebrandt, who had said the appellant had simply answered “no” when asked whether he wanted to contact a lawyer. Perozak Prov. Div. J. then concluded:

I too would find in the circumstances that it’s when an accused expresses a concern of his inability to afford a lawyer that you have to bring yourself within that area as far as the accused is concerned to require on the Police a further duty as far as explaining the Legal Aid workings and the availability. I respectfully disagree . . . in extending those requirements to the actual 1-800 number and the presence of twenty-four hour service. I think that takes it too far.

In the result, this Court would find there has been no infringement of the [appellant’s] rights and the application of counsel [for exclusion of evidence] is denied.

Ontario Court (General Division) (1992), 41 M.V.R. (2d) 266 (Cavarzan J.)

Cavarzan J. reviewed the *Brydges, supra*, decision and held at p. 270 that there “is in place in Ontario a 24-hour duty counsel service through a 1-800 number known to the police, which should routinely be made available to accused persons on arrest or detention, as part of the standard s. 10(b) caution”. He concluded at pp. 273-74 that:

The caution card from which P.C. Pray read [the appellant] his rights contained the 1-800 number. That information ought to have been given to [the appellant] upon his arrest and certainly at the Dundas police station where he would have had ready access to a telephone.

He added that he did not believe that the content of the exchange between the appellant and Constable Hildebrandt was relevant. Instead, he stated at p. 274:

The determining fact for the purpose of deciding whether or not [the appellant’s] s. 10(b) rights were breached is that neither P.C. Pray nor P.C. Hildebrandt in their dealings with [the appellant] complied with the information component of *Charter* s. 10(b).

appeler un, je l’aurais fait.» Le juge Perozak a conclu que ce témoignage était contredit par celui de l’agent Hildebrandt, qui a dit que l’appelant avait simplement répondu «non» quand il lui a demandé s’il voulait appeler un avocat. Le juge Perozak a ajouté:

[TRADUCTION] Je conclurais moi aussi, vu les circonstances, que c’est quand l’accusé s’inquiète de sa capacité d’assumer les frais d’un avocat qu’il faut envisager d’imposer aux policiers l’obligation supplémentaire de lui expliquer le fonctionnement de l’aide juridique et la possibilité d’y recourir. En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord [. . .] quant à l’obligation de lui donner le numéro 1-800 et de l’informer de l’existence du service vingt-quatre heures par jour. Je crois que c’est aller trop loin.

En fin de compte, notre cour conclurait à l’absence de violation des droits de l’[appelant] et au rejet de la demande de l’avocat [visant à faire écarter les éléments de preuve].

La Cour de l’Ontario (Division générale) (1992), 41 M.V.R. (2d) 266 (le juge Cavarzan)

Le juge Cavarzan a étudié l’arrêt *Brydges*, précité, et a souligné, à la p. 270, qu’il [TRADUCTION] «existe en Ontario un service d’avocats de garde avec lequel on peut communiquer 24 heures par jour par un numéro 1-800 connu de la police et qui devrait être systématiquement fourni aux prévenus en cas d’arrestation ou de détention dans le cadre de la mise en garde normalement faite en application de l’al. 10b)». Il a conclu, aux pp. 273 et 274:

[TRADUCTION] Le carton de mise en garde à l’aide duquel l’agent Pray a fait à [l’appelant] lecture de ses droits contenait le numéro 1-800. Ce renseignement aurait dû être donné à [l’appelant] quand il a été arrêté et certainement au poste de police de Dundas, où il aurait eu facilement accès à un téléphone.

Il a ajouté qu’il ne croyait pas que le contenu de la conversation entre l’appelant et l’agent Hildebrandt était pertinent. Il a dit plutôt, à la p. 274:

[TRADUCTION] Pour ce qui est de décider si les droits garantis à [l’appelant] par l’al. 10b) ont été violés, le fait déterminant est que ni l’agent Pray, ni l’agent Hildebrandt n’avaient, dans leurs contacts avec [l’appelant], satisfait au volet information de l’al. 10b) de la *Charte*.

As to remedy, Cavarzan J. held that the admission of the breathalyser evidence would bring the administration of justice into disrepute. He found at p. 274 that the evidence was "conscripted or self-incriminatory evidence, the admission of which rendered the trial unfair". He then concluded at p. 274 that:

It was a serious error not to inform [the appellant] of the availability of 24-hour duty counsel advice. I have no doubt that the police officers acted in good faith and in the belief that they were complying with the substance of the obligations imposed by the *Brydges* decision. In my view, the understanding of *Brydges* upon which they acted was incorrect. Furthermore, they had the 1-800 number in their possession (P.C. Pray) or readily available (P.C. Hildebrandt) and they withheld that information from [the appellant]. Finally, failure to fully inform [the appellant] of his rights under *Charter* s. 10(b) is a serious *Charter* violation.

Court of Appeal (1993), 81 C.C.C. (3d) 353 (Grange, Finlayson, McKinlay J.J.A.)

The Court of Appeal for Ontario heard six appeals together, among them this case and *Pozniak*, in which judgment is released concurrently. In all six cases, it was argued that the statement by police of Ontario's new s. 10(b) caution introduced in the wake of *Brydges* did not comply with the informational requirements laid down in *Brydges*.

(a) General Principles

The court noted at p. 356 that in considering the information component of s. 10(b) of the *Charter*, the Supreme Court of Canada in *Brydges* decreed that the caution that must be given on arresting or detaining should contain a reference to the existence and availability "of applicable systems of duty counsel and Legal Aid in the jurisdiction". It noted that, following this decision, a new and further caution was devised and put into use in Ontario and that there was a 24-hour, 1-800 (toll-free) telephone line to duty counsel, known at all police stations, by which immediate and free

Quant à la réparation, le juge Cavarzan a décidé que l'utilisation de la preuve fournie par l'alcootest était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il a dit, à la p. 274, que la preuve constituait [TRADUCTION] «une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ou une preuve auto-incriminante, dont l'utilisation rendrait le procès inéquitable». Puis, il a conclu, à la p. 274:

[TRADUCTION] C'était une erreur grave de ne pas informer [l'appellant] de la possibilité de consulter un avocat de garde 24 heures par jour. Je suis certain que les policiers ont agi de bonne foi et qu'ils croyaient qu'ils se conformaient, pour l'essentiel, aux obligations imposées par l'arrêt *Brydges*. À mon avis, leur action était basée sur une mauvaise interprétation de l'arrêt *Brydges*. Par surcroît, ils avaient le numéro 1-800 en leur possession (l'agent Pray) ou sous la main (l'agent Hildebrandt) et ils n'ont pas communiqué ce renseignement à [l'appellant]. Enfin, l'omission d'informer complètement [l'appellant] des droits que lui garantit l'al. 10(b) de la *Charte* est une violation grave de la *Charte*.

La Cour d'appel (1993), 81 C.C.C. (3d) 353 (les juges Grange, Finlayson et McKinlay)

La Cour d'appel de l'Ontario a entendu six appels en même temps, dont celui qui fait l'objet du présent pourvoi et l'affaire *Pozniak*, sur lesquels notre Cour se prononce simultanément. Dans les six appels, on a soutenu que la nouvelle mise en garde relative à l'al. 10(b), utilisée par les policiers ontariens à la suite de l'arrêt *Brydges*, n'était pas conforme aux exigences en matière d'information énoncées dans cet arrêt.

a) Principes généraux

La cour a fait observer, à la p. 356, qu'en se penchant sur le volet information de l'al. 10(b) de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a décrété dans l'arrêt *Brydges* que la mise en garde qui doit être faite au moment de l'arrestation ou de la mise en détention doit comprendre la mention de l'existence et de l'accessibilité «des régimes applicables d'avocats de garde et d'aide juridique dans la province ou le territoire en cause». Elle a fait remarquer que, par suite de cet arrêt, une nouvelle mise en garde a été rédigée et utilisée en Ontario et qu'il existait une ligne téléphonique 1-800 (sans frais),

advice can be obtained from qualified duty counsel.

The court did not agree that the information given to the detainee must of necessity include a reference to the toll-free number and immediate and free access to legal advice. It referred to *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.), and noted, at p. 357, that "it is only when there is something in the circumstances that indicates the accused did not fully understand his rights that further information must be imparted." The court, at p. 358, then referred to the test set out in *R. v. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1 (Ont. C.A.), which quoted Lamer J. (as he then was) in *Brydges*: "in circumstances where an accused expresses a concern that the right to counsel depends upon the ability to afford a lawyer, it is incumbent on the police to inform him of the existence and availability of Legal Aid and duty counsel." The court concluded at p. 358:

This, in our view, is the true test. In our view, also, the caution presented in all the cases at bar made it clear that legal aid was available for advice and might be available for defence if a charge were laid. Where there is nothing in the evidence to indicate either the detainee misunderstood his right to immediate free legal aid or required further information on those rights, we can see no need for further information to be proffered.

The court relied on *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, for the proposition that routine exclusion of evidence necessary to substantiate charges may itself bring the administration of justice into disrepute. It concluded that, if it were wrong and there had been a breach of s. 10(b) rights, then the evidence should not be excluded under s. 24(2) because the police in the cases before it were trying to follow the procedure established for the purpose of complying with *Brydges*.

connue dans tous les postes de police, qui était offerte 24 heures par jour et qui permettait de joindre un avocat de garde compétent et d'obtenir des conseils immédiatement et sans frais.

a

De l'avis de la cour, l'information donnée à la personne détenue ne doit pas nécessairement comprendre la mention du numéro sans frais et de l'accès à des conseils juridiques immédiats et gratuits. Elle s'est reportée à l'arrêt *R. c. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.) et a fait remarquer, à la p. 357, que [TRADUCTION] «c'est seulement lorsqu'un élément de la situation indique que l'accusé n'a pas bien saisi la portée de ses droits qu'il faut lui donner des renseignements supplémentaires.» La cour s'est ensuite reportée, à la p. 358, au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1 (C.A. Ont.), qui citait le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Brydges*, selon lequel «lorsqu'un accusé s'inquiète de ce que le droit à l'assistance d'un avocat dépende de la capacité d'en assumer les frais, les policiers ont l'obligation de l'informer de l'existence de l'aide juridique ou des avocats de garde et de la possibilité d'y recourir.» La cour a conclu, à la p. 358:

e

[TRADUCTION] C'est là le bon critère, selon nous. De plus, à notre avis, la mise en garde faite dans toutes les affaires en cause précisait bien qu'il était possible de recourir à l'aide juridique pour obtenir conseil et peut-être même pour se faire défendre si une accusation était portée. Si aucun élément de preuve n'indique que la personne détenue n'a pas bien saisi la portée de son droit à l'aide juridique immédiate et gratuite ou avait besoin de renseignements supplémentaires sur son droit, nous ne jugeons pas nécessaire que des renseignements additionnels lui soient donnés.

h

La cour s'est appuyée sur l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, pour dire que l'exclusion systématique d'éléments de preuve nécessaires à l'égard d'une inculpation est elle-même susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Elle a conclu que, si elle avait tort et qu'il y avait eu violation des droits garantis par l'al. 10(b), il ne convenait pas d'écarter les éléments de preuve en application du par. 24(2), parce que la police, dans les affaires dont elle était saisie, avait tenté de suivre la méthode préconisée dans l'arrêt *Brydges*.

i

j

(b) Application to Bartle

The court agreed with Perozak Prov. Div. J.'s interpretation of *Brydges* and disagreed with Cavarzan J.'s proposition that the accused must, as a matter of routine, be advised of the availability of counsel over the 1-800 number. The court concluded at p. 369:

We do not think the dicta of Lamer C.J.C. in *Brydges* makes that mandatory unless of course the accused, having been informed of the right, expresses some concern of affordability or timeliness. We think the conflict between the [appellant] and Constable Hildebrandt was indeed relevant and was resolved by the trial judge in favour of Hildebrandt. We can find no breach of s. 10(b).

III. Points in Issue

The issues in this case are two-fold:

1. Does the information component of s. 10(b) of the *Charter* require that police routinely refer to the existence and availability of a 24-hour duty counsel service which provides free, preliminary legal advice and can be reached by dialling a 1-800 (toll-free) telephone number?
2. If the answer is yes and if the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* have, in the circumstances of this case, been violated, should the evidence obtained in the course of this infringement be excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

IV. Analysis

Section 10(b) of the *Charter* provides that:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

It is now well accepted that under s. 10(b) a person who is arrested or detained (the "detainee") must

b) Application à l'affaire Bartle

La cour a souscrit à l'interprétation donnée à l'arrêt *Brydges* par le juge Perozak et a désapprouvé l'opinion du juge Cavarzan selon qui les accusés devaient être systématiquement informés de la possibilité d'utiliser le numéro 1-800 pour consulter un avocat. Elle a conclu, à la p. 369:

[TRADUCTION] Nous ne croyons pas que l'opinion incidente du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Brydges* crée une obligation à cet égard, sauf naturellement si l'accusé, après avoir été informé de son droit, s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais ou de la possibilité de joindre un avocat promptement. Nous sommes d'avis que les versions contradictoires de l'[appellant] et de l'agent Hildebrandt étaient de fait pertinentes et que le juge du procès a accepté celle de Hildebrandt. Nous estimons qu'il n'y a pas eu de violation de l'al. 10b).

d III. Les questions en litige

Deux points sont soulevés en l'espèce:

1. Étant donné le volet information de l'al. 10b) de la *Charte*, les policiers doivent-ils informer systématiquement les personnes détenues ou arrêtées de l'existence de services d'avocats de garde qui donnent des conseils juridiques préliminaires gratuitement, 24 heures par jour, et qu'ils peuvent appeler sans frais à un numéro 1-800?
2. Si la réponse est affirmative et si, eu égard aux circonstances de l'espèce, il y a eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant, les éléments de preuve obtenus à l'occasion de cette violation doivent-ils être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*?

h IV. L'analyse

L'alinéa 10b) de la *Charte* dispose:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

Il est maintenant bien établi que l'al. 10b) exige que la personne mise en état d'arrestation ou en

be promptly informed of his or her right to retain counsel without delay. Because s. 10(b) has already been extensively considered by this Court, I propose to simply summarize some of the basic principles which have been developed with respect to the right to counsel under the *Charter*. This will provide the necessary framework in which to approach the disclosure-related issue raised by this case, *Pozniak and Harper*.

(a) *The Purpose of Section 10(b)*

The purpose of the right to counsel guaranteed by s. 10(b) of the *Charter* is to provide detainees with an opportunity to be informed of their rights and obligations under the law and, most importantly, to obtain advice on how to exercise those rights and fulfil those obligations: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43. This opportunity is made available because, when an individual is detained by state authorities, he or she is put in a position of disadvantage relative to the state. Not only has this person suffered a deprivation of liberty, but also this person may be at risk of incriminating him- or herself. Accordingly, a person who is "detained" within the meaning of s. 10 of the *Charter* is in immediate need of legal advice in order to protect his or her right against self-incrimination and to assist him or her in regaining his or her liberty: *Brydges*, at p. 206; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77; and *Prosper*. Under s. 10(b), a detainee is entitled as of right to seek such legal advice "without delay" and upon request. As this Court suggested in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394, the right to counsel protected by s. 10(b) is designed to ensure that persons who are arrested or detained are treated fairly in the criminal process.

(b) *The Duties Under Section 10(b)*

This Court has said on numerous previous occasions that s. 10(b) of the *Charter* imposes the following duties on state authorities who arrest or detain a person:

détention (la «personne détenue») soit promptement informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Comme notre Cour a déjà étudié l'al. 10b) à maintes reprises, je me propose de résumer simplement certains des principes fondamentaux qui ont été énoncés relativement au droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*. Cela fournira le cadre indispensable pour examiner la question de la communication que soulèvent la présente espèce et les pourvois *Pozniak et Harper*.

a) *L'objet de l'al. 10b)*

L'objet du droit à l'assistance d'un avocat que garantit l'al. 10b) de la *Charte* est de donner à la personne détenue la possibilité d'être informée des droits et des obligations que la loi lui reconnaît et, ce qui est plus important, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits et de remplir ces obligations: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1242 et 1243. Cette possibilité lui est donnée, parce que, étant détenue par les représentants de l'État, elle est désavantagée par rapport à l'État. Non seulement elle a été privée de sa liberté, mais encore elle risque de s'incriminer. Par conséquent, la personne «détenue» au sens de l'art. 10 de la *Charte* a immédiatement besoin de conseils juridiques, afin de protéger son droit de ne pas s'incriminer et d'obtenir une aide pour recouvrer sa liberté: *Brydges*, à la p. 206; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 176 et 177; et *Prosper*. L'alinéa 10b) habilite la personne détenue à recourir de plein droit à l'assistance d'un avocat «sans délai» et sur demande. Comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 394, le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) vise à assurer le traitement équitable dans le processus pénal des personnes arrêtées ou détenues.

b) *Les obligations qu'entraîne l'al. 10b)*

Notre Cour a dit à maintes reprises que l'al. 10b) de la *Charte* impose aux représentants de l'État qui arrêtent une personne ou qui la mettent en détention les obligations suivantes:

(1) to inform the detainee of his or her right to retain and instruct counsel without delay and of the existence and availability of legal aid and duty counsel;

(2) if a detainee has indicated a desire to exercise this right, to provide the detainee with a reasonable opportunity to exercise the right (except in urgent and dangerous circumstances); and

(3) to refrain from eliciting evidence from the detainee until he or she has had that reasonable opportunity (again, except in cases of urgency or danger).

(See, for example, *Manninen*, at pp. 1241-42; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 890; and *Brydges*, at pp. 203-4.) The first duty is an informational one which is directly in issue here. The second and third duties are more in the nature of implementation duties and are not triggered unless and until a detainee indicates a desire to exercise his or her right to counsel.

Importantly, the right to counsel under s. 10(b) is not absolute. Unless a detainee invokes the right and is reasonably diligent in exercising it, the correlative duty on the police to provide a reasonable opportunity and to refrain from eliciting evidence will either not arise in the first place or will be suspended: *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, at p. 439, and *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at pp. 154-55. Furthermore, the rights guaranteed by s. 10(b) may be waived by the detainee, although the standard for waiver will be high, especially in circumstances where the alleged waiver has been implicit: *Clarkson*, at pp. 394-96; *Manninen*, at p. 1244; *Black*, at pp. 156-57; *Brydges*, at p. 204; and *Evans*, at pp. 893-94.

Under these circumstances, it is critical that the information component of the right to counsel be comprehensive in scope and that it be presented by police authorities in a "timely and comprehensible" manner: *R. v. Dubois*, [1990] R.J.Q. 681 (C.A.), (1990), 54 C.C.C. (3d) 166, at pp. 697 and

(1) informer la personne détenue de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et de l'existence de l'aide juridique et d'avocats de garde;

(2) si la personne détenue a indiqué qu'elle voulait exercer ce droit, lui donner la possibilité raisonnable de le faire (sauf en cas d'urgence ou de danger);

(3) s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve à la personne détenue jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable (encore une fois, sauf en cas d'urgence ou de danger).

(Voir, par exemple, *Manninen*, aux pp. 1241 et 1242; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 890; et *Brydges*, aux pp. 203 et 204.) La première obligation, qui est directement en cause en l'espèce, touche à l'information. Les deuxième et troisième participent davantage de l'obligation de mise en application et ne prennent naissance que si la personne détenue indique qu'elle veut exercer son droit à l'assistance d'un avocat.

Il importe de souligner que le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10(b) n'est pas absolu. À moins que la personne détenue ne fasse valoir son droit et qu'elle ne l'exerce avec diligence, l'obligation correspondante des policiers de lui donner la possibilité raisonnable de l'exercer et de s'abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve, soit ne prendra pas naissance, soit sera suspendue: *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, à la p. 439, et *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, aux pp. 154 et 155. Au surplus, la personne détenue peut renoncer aux droits garantis par l'al. 10(b), bien que la norme soit stricte, surtout lorsque la prétendue renonciation a été implicite: *Clarkson*, aux pp. 394 à 396; *Manninen*, à la p. 1244; *Black*, aux pp. 156 et 157; *Brydges*, à la p. 204; et *Evans*, aux pp. 893 et 894.

Vu ces circonstances, il est essentiel que le volet information du droit à l'assistance d'un avocat ait une portée large et que les policiers donnent les renseignements [TRANSDUCTION] «promptement et d'une manière compréhensible»: *R. c. Dubois*, [1990] R.J.Q. 681 (C.A.), (1990), 54 C.C.C. (3d)

196 respectively. Unless they are clearly and fully informed of their rights at the outset, detainees cannot be expected to make informed choices and decisions about whether or not to contact counsel and, in turn, whether to exercise other rights, such as their right to silence: *Hebert*. Moreover, in light of the rule that, absent special circumstances indicating that a detainee may not understand the s. 10(b) caution, such as language difficulties or a known or obvious mental disability, police are not required to assure themselves that a detainee fully understands the s. 10(b) caution, it is important that the standard caution given to detainees be as instructive and clear as possible: *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537, at p. 540, and *Evans*, at p. 891.

Indeed, the pivotal function of the initial information component under s. 10(b) has already been recognized by this Court. For instance, in *Evans*, McLachlin J., for the majority, stated at p. 891 that a "person who does not understand his or her right cannot be expected to assert it". In that case, it was held that, in circumstances which suggest that a particular detainee may not understand the information being communicated to him or her by state authorities, a mere recitation of the right to counsel will not suffice. Authorities will have to take additional steps to ensure that the detainee comprehends his or her s. 10(b) rights. Likewise, this Court has stressed on previous occasions that, before an accused can be said to have waived his or her right to counsel, he or she must be possessed of sufficient information to allow him or her to make an informed choice as regards exercising the right: *R. v. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 S.C.R. 714, at pp. 724-29, and *Brydges*, at p. 205.

To conclude, because the purpose of the right to counsel under s. 10(b) is about providing detainees with meaningful choices, it follows that a detainee should be fully advised of available services before being expected to assert that right, particularly given that subsequent duties on the state are not

166, aux pp. 697 et 196 respectivement. À moins d'être clairement et complètement informées de leurs droits dès le début, les personnes détenues ne sauraient faire des choix et prendre des décisions éclairées quant à savoir s'ils communiqueront avec un avocat et, en outre, s'ils exerceront d'autres droits, comme celui de garder le silence: *Hebert*. Qui plus est, étant donné la règle selon laquelle, en l'absence de circonstances particulières, notamment des problèmes de langues ou une déficience mentale notoire ou manifeste, indiquant que la personne détenue ne comprend peut-être pas la mise en garde prévue à l'al. 10b), les policiers ne sont pas tenus de s'assurer qu'elle la comprend bien; il importe que la mise en garde type faite aux personnes détenues soit aussi instructive et claire que possible: *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537, à la p. 540, et *Evans*, à la p. 891.

En fait, notre Cour a déjà reconnu la fonction essentielle du volet information initial de l'al. 10b). Dans l'arrêt *Evans*, par exemple, le juge McLachlin, au nom de la majorité, dit, à la p. 891, qu'une «personne qui ne comprend pas son droit n'est pas en mesure de l'exercer». Dans cet arrêt, la Cour a décidé que, si les circonstances indiquent que la personne détenue ne comprend peut-être pas les renseignements que les autorités lui communiquent, celles-ci ne peuvent pas se contenter de réciter mécaniquement le droit à l'assistance d'un avocat. Les autorités doivent prendre d'autres mesures afin que la personne détenue comprenne les droits que lui garantit l'al. 10b). De la même façon, notre Cour a souligné par le passé que l'on ne pouvait considérer que l'accusé avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat que s'il possédait suffisamment de renseignements pour être en mesure de faire un choix éclairé quant à l'exercice de ce droit: *R. c. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 R.C.S. 714, aux pp. 724 à 729, et *Brydges*, à la p. 205.

Pour conclure, puisque l'objet du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) est de lui permettre de faire un choix valable, il s'ensuit que la personne détenue doit être informée de tous les services auxquels elle peut recourir avant d'avoir à faire valoir ce droit, surtout si l'on tient compte du

triggered unless and until a detainee expresses a desire to contact counsel. In my opinion, the purpose of the right to counsel would be defeated if police were only required to advise detainees of the existence and availability of Legal Aid and duty counsel after some triggering assertion of the right by the detainee. Accordingly, I am unable to agree with the trial judge and the Court of Appeal below that information about duty counsel and how to access it need only be provided to detainees when they express some concern about affordability or availability of counsel. Indeed, in putting forward such a position, I can only conclude with respect that both the trial judge and the Court of Appeal erred in their interpretation and application of *Brydges*. It is, therefore, to a consideration of *Brydges* that I must now turn.

(c) *Brydges*

In *Brydges*, the accused requested information about legal aid and expressed concerns about his inability to afford a lawyer after being informed by police authorities of his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*. This Court unanimously held that the failure by the police to inform the accused of the existence and availability of legal aid and duty counsel was a violation of his s. 10(b) rights and that the evidence obtained as a result of this violation — inculpatory statements — should have been excluded. This Court was satisfied that, by failing to inform the accused fully of his right to counsel in circumstances where he had raised concerns about being able to afford a lawyer and where free, preliminary legal advice was indeed available upon request, the police had improperly left the accused with an erroneous impression of the nature and extent of his s. 10(b) rights.

However, a majority of this Court went further, holding that, besides telling detainees of their general right to retain and instruct counsel without delay, in all cases police must advise detainees of

fait que les autres obligations de l'État ne prennent naissance que si elle manifeste sa volonté de communiquer avec un avocat. À mon avis, ce serait aller à l'encontre du droit à l'assistance d'un avocat que d'obliger les policiers à informer la personne détenue de l'existence et de l'accessibilité de l'aide juridique et d'avocats de garde seulement après qu'elle a revendiqué ce droit. Par conséquent, je ne saurais souscrire aux avis du juge du procès et de la Cour d'appel selon lesquels l'information sur les avocats de garde et sur la manière d'y recourir ne doit être fournie à la personne détenue que si elle s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat ou de la possibilité d'en joindre un. En fait, en exprimant ce point de vue, je me trouve dans l'obligation de conclure, en toute déférence, que le juge du procès et la Cour d'appel ont mal interprété et mal appliqué l'arrêt *Brydges*. En conséquence, je dois maintenant examiner cet arrêt.

c) *L'arrêt Brydges*

Dans l'arrêt *Brydges*, l'accusé a demandé des renseignements sur l'aide juridique et s'est inquiété de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat, après que les policiers l'eurent informé du droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte*. Notre Cour a décidé à l'unanimité que l'omission des policiers d'informer l'accusé de l'existence et de l'accessibilité de l'aide juridique et des avocats de garde, avait constitué une violation des droits que lui garantit l'al. 10b) et que les éléments de preuve obtenus par suite de cette violation — des déclarations inculpatrices — auraient dû être écartés. Notre Cour était convaincue qu'en n'informant pas l'accusé complètement de son droit à l'assistance d'un avocat, alors qu'il s'était inquiété de sa capacité d'en assumer le coût et que, en fait, il aurait pu obtenir sur demande des conseils juridiques préliminaires, sans frais, les policiers avaient à tort laissé l'accusé sous une fausse impression relativement à la nature et à la portée des droits que lui garantit l'al. 10b).

Toutefois, notre Cour, à la majorité, est allée plus loin, décidant qu'en plus d'informer les personnes détenues de leur droit général d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, dans

the existence and availability of legal aid and duty counsel. For the majority, I stated at p. 215 that,

... the right to retain and instruct counsel, in modern Canadian society, has come to mean more than the right to retain a lawyer privately. It now also means the right to have access to counsel free of charge where the accused meets certain financial criteria set up by the provincial Legal Aid plan, and the right to have access to immediate, although temporary, advice from duty counsel irrespective of financial status. These considerations, therefore, lead me to the conclusion that as part of the information component of s. 10(b) of the Charter, a detainee should be informed of the existence and availability of the applicable systems of duty counsel and Legal Aid in the jurisdiction, in order to give the detainee a full understanding of the right to retain and instruct counsel. [Emphasis added]

Accordingly, *Brydges* had the effect of adding two new elements to the information component of s. 10(b):

(1) information about access to counsel free of charge where an accused meets prescribed financial criteria set by provincial Legal Aid plans ("Legal Aid"); and

(2) information about access to immediate, although temporary legal advice irrespective of financial status ("duty counsel").

At the same time, *Brydges* made it clear that the specific nature of the information provided to detainees would necessarily be contingent on the existence and availability of Legal Aid and duty counsel in the jurisdiction: *Prosper*.

In *Brydges*, the majority drew a careful distinction between Legal Aid plans, which provide longer term legal assistance to accused persons who meet prescribed financial qualifications, and "duty counsel", which is a form of initial, summary legal advice available to all detainees upon request, irrespective of financial means or of time

tous les cas les policiers devaient les informer de l'existence et de l'accessibilité de l'aide juridique et d'avocats de garde. Au nom de la majorité, je dis ce qui suit, à la p. 215:

a ... dans la société canadienne contemporaine, le droit à l'assistance d'un avocat en est venu à signifier plus que le droit d'avoir recours aux services d'un avocat par ses propres moyens. Il s'entend maintenant aussi du droit d'avoir accès à un avocat sans frais si l'accusé satisfait à certains critères financiers établis par le régime d'aide juridique de la province et du droit de l'accusé d'avoir accès aux conseils immédiats, mais temporaires, d'un avocat de garde sans égard à sa situation financière. Ces considérations m'amènent donc à conclure que, dans le cadre de l'obligation d'informer prévue par l'al. 10b) de la Charte, il faut renseigner la personne détenue sur l'existence des régimes applicables d'avocats de garde et d'aide juridique dans la province ou le territoire en cause, afin de lui permettre de saisir pleinement son droit à l'assistance d'un avocat. [Je souligne.]

Par conséquent, l'arrêt *Brydges* a eu pour effet d'ajouter deux nouveaux éléments au volet information de l'al. 10b):

e (1) des renseignements sur l'accès sans frais aux services d'un avocat lorsque l'accusé répond aux critères financiers établis par les régimes provinciaux d'aide juridique (l'«aide juridique»);

f (2) des renseignements sur l'accès à des conseils juridiques immédiats, quoique temporaires, sans égard à la situation financière («avocats de garde»).

g Par ailleurs, l'arrêt *Brydges* précise bien que la nature exacte des renseignements à donner aux personnes détenues dépendrait nécessairement de l'existence et de l'accessibilité de l'aide juridique et d'avocats de garde dans la province ou le territoire: arrêt *Prosper*.

i Dans l'arrêt *Brydges*, la majorité a pris bien soin de faire la distinction entre les régimes d'aide juridique, qui offrent l'aide juridique à long terme aux accusés qui remplissent les conditions financières prescrites, et les «avocats de garde», qui donnent des conseils juridiques préliminaires et sommaires sur demande à toutes les personnes détenues, sans

of day or night. As the majority explained at p. 213,

... duty counsel are intended to provide with immediate but temporary advice and assistance those persons who cannot afford a lawyer or those who do not know a lawyer. Indeed, knowledge of the existence and availability of duty counsel is perhaps of primary importance since financial status is generally not considered as a pre-condition to obtaining the services of duty counsel.

Often duty counsel bridge the gap between arrest and the retention of a lawyer who will deal more fully with a case. Although in an administrative sense, Legal Aid and duty counsel tend to be part of the same overall program run by the provinces as part of their constitutional responsibility for the administration of justice, Legal Aid and "Brydges duty counsel" (labelled as such to distinguish it from other forms of summary legal assistance, typically plea advice to accused persons, arranging adjournments, speaking to bail and sentence, and negotiating dispositions with the Crown in the Criminal and Youth Court context (*P.R.A. Reports, infra*)) represent two distinct forms of legal service.

It is the interpretation and application of the additional informational requirement concerning duty counsel which was imposed on police in *Brydges* that is specifically in issue here, as well as in the other four cases heard at the same time as this one and for which judgment is handed down concurrently.

Imposing additional informational requirements on police authorities is justified by the need to fulfil the underlying purpose of the *Charter*-guaranteed right to counsel. As the majority said in *Brydges*, at p. 215,

... the additional duty is consistent with one of the main purposes underlying the s. 10(b) right which is to facili-

égard aux moyens financiers ou à l'heure du jour ou de la nuit. Voici l'explication que donne la majorité, à la p. 213:

... les avocats de garde ont pour rôle de fournir aux personnes incapables de se payer un avocat ou à celles qui ne connaissent pas d'avocat, des conseils et de l'aide immédiats mais temporaires. La connaissance de l'existence d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir est peut-être de première importance puisque la situation financière n'est pas considérée généralement comme une condition préalable à l'obtention des services d'un avocat de garde.

Souvent l'avocat de garde fait le pont entre le moment de l'arrestation et celui du recours aux services d'un avocat qui prend le relais. Bien que sur le plan administratif, l'aide juridique et les avocats de garde aient tendance à relever du même programme global géré par les provinces, conformément à leur compétence en matière d'administration de la justice, l'aide juridique et «les avocats de garde selon *Brydges*» (que l'on désigne ainsi pour les différencier d'autres formes d'aide juridique sommaire, habituellement des conseils sur le plaidoyer, les demandes d'ajournement, les observations sur le cautionnement et la peine, les négociations avec le ministère public au sujet des mesures à prendre dans le contexte des poursuites pénales et des poursuites contre les jeunes contrevenants (les *Rapports de P.R.A.*, ci-après)) représentent deux formes distinctes de services juridiques.

C'est l'interprétation et l'application de l'obligation supplémentaire imposée aux policiers dans l'arrêt *Brydges* relativement aux renseignements à donner sur les avocats de garde qui est précisément en litige dans la présente espèce et dans les quatre autres pourvois entendus en même temps, sur lesquels notre Cour rend jugement simultanément.

L'imposition d'exigences supplémentaires aux autorités policières en matière d'information est justifiée par la nécessité de réaliser l'objectif sous-jacent du droit à l'assistance d'un avocat que garantit la *Charte*. Comme l'exprime la majorité dans l'arrêt *Brydges*, à la p. 215:

... cette obligation supplémentaire est conforme à l'un des objets fondamentaux du droit garanti par l'al. 10b),

tate contact with counsel since it is upon arrest or detention that the accused is faced with an immediate need for legal advice especially in respect of how to exercise the right to remain silent.

Implicit in the majority's reasons in *Brydges* is a clear recognition of the centrality of the information component of s. 10(b), which is what is provided universally to all detainees and upon which subsequent correlative duties on the state hinge. To have said that state authorities only have to provide further information about the existence and availability of Legal Aid and duty counsel services after the triggering assertion of the right by the detainee or some positive indication by the detainee that he or she has affordability or availability concerns, would not have been true to the purpose of s. 10(b) and would have left detainees without the substantive protection to which they are entitled under the *Charter*.

In addition, as the majority explained in *Brydges*, at pp. 211-12, while imposing additional informational requirements on our police forces might at first glance appear to be a burden on them, it serves their interests in the long run. Having a standardized s. 10(b) caution which clearly outlines available legal services and how they can be accessed means that the police are less often required to judge on the spot whether a detainee can afford a lawyer and/or mistakenly believes that legal assistance is unavailable. Moreover, where duty counsel actually exists, the police will be in a better position to carry on with their work without losing time while they wait for duty counsel to come available. The majority suggested at p. 215 that it is in the "interests of all the participants in the criminal justice system that s. 10(b) of the *Charter*" (emphasis added) be interpreted so as to require that detainees be advised of the existence and availability of Legal Aid plans and duty counsel.

qui est de faciliter la communication avec un avocat, puisque l'accusé a un besoin immédiat de conseils juridiques, surtout sur la manière d'exercer son droit de garder le silence. . .

^a

Les motifs de la majorité dans l'arrêt *Brydges* contiennent implicitement la reconnaissance claire du caractère essentiel du volet information de l'al. 10b), qui s'entend de l'information à donner dans tous les cas aux personnes détenues et dont dépendent les obligations corrélatives de l'État. Avoir dit que l'obligation des autorités de fournir des renseignements sur l'existence et l'accessibilité des services d'aide juridique et des avocats de garde, ne prend naissance qu'après que la personne détenue a revendiqué le droit à l'assistance d'un avocat ou qu'elle a manifesté ses inquiétudes au sujet de sa capacité d'assumer le coût de ces services ou au sujet de la possibilité de rejoindre un avocat, aurait été contraire à l'objet de l'al. 10b) et aurait privé la personne détenue de la protection précise à laquelle la *Charte* lui donne droit.

^e

En outre, comme l'explique la majorité dans l'arrêt *Brydges*, aux pp. 211 et 212, bien que l'imposition aux forces de police d'exigences supplémentaires en matière d'information puisse, à première vue, sembler être un fardeau pour elles, elle sert leurs intérêts à long terme. S'ils disposaient, pour satisfaire aux exigences de l'al. 10b), d'une mise en garde uniforme qui contienne une mention claire des services offerts et de la manière d'y avoir accès, les policiers auraient moins souvent à juger sur-le-champ si la personne détenue a les moyens de recourir aux services d'un avocat ou si elle croit à tort qu'elle ne peut pas recourir à l'aide juridique. Par surcroît, s'il existe effectivement un service d'avocats de garde, les policiers seront mieux en mesure d'exécuter leur tâche sans perdre de temps à attendre qu'un avocat de garde soit disponible. Selon la majorité dans l'arrêt *Brydges*, à la p. 215, il y va «de l'intérêt de tous ceux qui œuvrent dans le système de justice criminelle» (je souligne) que l'al. 10b) de la *Charte* soit interprété de façon à exiger que toutes les personnes détenues soient informées de l'existence et de l'accessibilité des régimes d'aide juridique et des avocats de garde.

To conclude, *Brydges* stands for the proposition that police authorities are required to inform detainees about Legal Aid and duty counsel services which are in existence and available in the jurisdiction at the time of detention. In case there is any doubt, I would add here that basic information about how to access available services which provide free, preliminary legal advice should be included in the standard s. 10(b) caution. This need consist of no more than telling a detainee in plain language that he or she will be provided with a phone number should he or she wish to contact a lawyer right away. Failure to provide such information is, in the absence of a valid waiver (which, as I explain *infra*, will be a rarity) a breach of s. 10(b) of the *Charter*. It follows, therefore, that where the informational obligations under s. 10(b) have not been properly complied with by police, questions about whether a particular detainee exercised his or her right to counsel with reasonable diligence and/or whether he or she waived his or her facilitation rights do not properly arise for consideration. Such questions are simply not relevant under s. 10(b) (although they may be when it comes to considering whether the evidence obtained in the course of the *Charter* violation should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*). The breach of s. 10(b) is complete, except in cases of waiver or urgency, upon a failure by state authorities to properly inform a detainee of his or her right to counsel and until such time as that failure is corrected.

(d) *The Aftermath of Brydges*

Brydges imposed a 30-day transition period so as to allow police forces across the country to give effect to the new s. 10(b) warnings mandated by this Court's ruling. According to a comprehensive study of duty counsel systems in Canada commissioned and financed by the federal Department of Justice, *Brydges* has had at least two effects: Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993) and Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993) (the "P.R.A. Reports"). First, *Brydges* has served as the impetus for adding more

Pour terminer, l'arrêt *Brydges* énonce le principe que les autorités policières sont tenues d'informer les personnes qu'elles mettent en détention de l'existence dans leur province ou territoire de services d'aide juridique et d'avocats de garde. Pour dissiper tout doute, j'ajouterais ici que la mise en garde type faite en vertu de l'al. 10b) devrait comprendre des renseignements de base sur la façon d'avoir accès aux conseils juridiques préliminaires gratuits qui sont à leur disposition. Il suffirait de dire simplement à la personne détenue qu'on lui donnera un numéro de téléphone si elle veut communiquer avec un avocat immédiatement. L'omission de donner ces renseignements constitue en l'absence d'une renonciation valide (situation rare, comme je l'explique ci-après), une violation de l'al. 10b) de la *Charte*. Il s'ensuit que, si les policiers ne se sont pas conformés à leurs obligations découlant de l'al. 10b), on n'a pas à demander si la personne détenue en cause a exercé avec diligence raisonnable son droit à l'assistance d'un avocat ou si elle a renoncé à ses droits de se voir faciliter le recours à cette assistance. Ces questions ne sont simplement pas pertinentes par rapport à l'al. 10b) (quoiqu'elles puissent l'être lorsqu'il faut décider s'il y a lieu d'écarter, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus à l'occasion de la violation de la *Charte*). La violation de l'al. 10b) est complète, sauf dans les cas de renonciation ou d'urgence, quand les représentants de l'État n'informent pas la personne détenue comme il se doit de son droit à l'assistance d'un avocat et ce, jusqu'à ce que cette omission ait été corrigée.

d) *Les suites de l'arrêt Brydges*

L'arrêt *Brydges* a imposé une période de transition de 30 jours pour permettre aux forces de police dans toutes les régions du pays de donner effet à la nouvelle mise en garde exigée par notre Cour. D'après une étude détaillée des systèmes d'avocats de garde au Canada demandée et financée par le ministère de la Justice fédéral, l'arrêt *Brydges* a eu au moins deux effets: Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (avril 1993) et *Duty Counsel Systems: Technical Report* (avril 1993) (les «*Rapports de P.R.A.*»). Premièrement, l'arrêt *Brydges* a amené

specific wording to the *Charter* cautions routinely recited to all detainees. Second, *Brydges* has encouraged many provinces to comply with the spirit of *Brydges* by ensuring that free, preliminary legal advice is made available to detainees upon request, notwithstanding the absence of any additional funding by the federal government under shared-cost agreements for Legal Aid. In the *P.R.A. Technical Report*, for example, it is observed at p. 3-4 that:

[t]he *Brydges* case prompted the creation of systems of “*Brydges* duty counsel” where lawyers provide telephone consultation. Some police departments maintain lists of such duty counsel lawyers and in some provinces (e.g., Ontario, Saskatchewan and British Columbia) a toll free (1-800) telephone number is used.

Unfortunately, not every provincial government and bar has responded as positively to *Brydges* as might be desired. The *P.R.A. Reports* make it clear, as do the accompanying cases of *Prosper* and *Matheson*, that there is no system of “*Brydges* duty counsel” in Nova Scotia and Prince Edward Island.

On the other hand, in Ontario, the province from which this case and the related case of *Pozniak* arise, *Brydges* has had a definite impact. In “Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study” (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547, Kathryn Moore explains at pp. 564-67 that, prior to the release of *Brydges* in February 1990, the Ontario Legal Aid Plan had established a 1-800 number in the Metropolitan Toronto area, giving persons detained at police stations in the greater Toronto area access to duty counsel 24-hours a day. In the aftermath of *Brydges*, this system was expanded to areas outside of Metropolitan Toronto. The author describes in some detail the process by which police cautions in Ontario were revised to comply with *Brydges*.

l’ajout de renseignements plus précis à la mise en garde relative à la *Charte* faite systématiquement à toutes les personnes détenues. Deuxièmement, il a encouragé plusieurs provinces à respecter l’esprit de cet arrêt en veillant à ce que les personnes détenues puissent avoir accès, sur demande, à des conseils juridiques préliminaires, sans frais, même si aucune somme supplémentaire n’a été affectée à ce service par le gouvernement fédéral dans le cadre des accords sur le partage des frais de l’aide juridique. Dans son *Technical Report*, par exemple, P.R.A. fait observer, à la p. 3-4:

[TRADUCTION] L’arrêt *Brydges* a suscité la création de systèmes d’«avocats de garde selon *Brydges*» permettant de consulter un avocat par téléphone. Certains services de police tiennent une liste des avocats de garde, et dans certaines provinces (par exemple, en Ontario, en Saskatchewan et en Colombie-Britannique), un numéro sans frais (1-800) est fourni.

Malheureusement, tous les gouvernements provinciaux et tous les barreaux n’ont pas réagi positivement à l’arrêt *Brydges* comme cela aurait été souhaitable. Il ressort nettement des *Rapports de P.R.A.*, ainsi que des pourvois connexes *Prosper* et *Matheson*, qu’il n’existe pas de système d’«avocats de garde selon *Brydges*» en Nouvelle-Écosse et à l’Île-du-Prince-Édouard.

En revanche, en Ontario, province d’où proviennent le présent pourvoi et le pourvoi connexe *Pozniak*, l’arrêt *Brydges* a eu un impact certain. Dans son article «Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study» (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547, Kathryn Moore explique, aux pp. 564 à 567, qu’avant l’arrêt *Brydges* rendu en février 1990, le Régime d’aide juridique de l’Ontario avait établi un numéro 1-800 dans la Communauté urbaine de Toronto, donnant aux personnes détenues dans les postes de police de l’agglomération torontoise accès à un avocat de garde 24 heures par jour. Par suite de l’arrêt *Brydges*, ce système a été mis en place à l’extérieur de la Communauté urbaine de Toronto. L’auteur décrit de façon assez détaillée le processus par lequel la mise en garde faite par les policiers ontariens a été révisée suivant les exigences de l’arrêt *Brydges*.

One of the clauses which was added to the standard caution in Ontario and which received the most publicity was: "You also have the right to free advice from a Legal Aid lawyer." In addition, the 24-hour, 1-800 Legal Aid number for duty counsel was printed on all police caution cards. Initially, however, it appears that police in Ontario were not providing, as a matter of routine, detainees with the 1-800 number printed on their caution cards. This is clear not only from the case at bar and from its companion case, *Pozniak*, but also from the set of six cases (which include this case and *Pozniak*) which were heard at the same time by the Ontario Court of Appeal, as well as from several lower court decisions in Ontario. According to Moore, *supra*, at p. 566, in June 1992 after two lower court decisions were released in which it was held that the caution developed in Ontario in response to *Brydges* was inadequate because it did not clearly convey to detainees that legal aid was free and could be accessed immediately, Ontario's Solicitor General advised provincial police forces to change the standard caution to include the 1-800 Legal Aid number already printed on their caution cards. This was corroborated by counsel for the respondent Crown in this case and that of *Pozniak*.

It also appears that the more fully people are advised of their rights under s. 10(b), the more likely they are to exercise these rights. According to the *P.R.A. Summary Report*, at p. 35:

[*Brydges*] has prompted an increase in the demand for duty counsel because of the police requirement to inform all accused of their right to counsel. Whether telephone consultation, evening or weekend service, *Brydges* has led to more accused requesting services immediately after arrest. Twenty-four hour lines which were set up prior to *Brydges* had significant increases in calls following the ruling.

L'un des paragraphes qui a été ajouté à la mise en garde uniforme en Ontario et auquel on a donné le plus de publicité est le suivant: «Vous avez également droit aux conseils gratuits d'un avocat de l'aide juridique.» De plus, le numéro 1-800 pour joindre les avocats de garde de l'aide juridique 24 heures par jour a été imprimé sur tous les cartons utilisés par les policiers pour la mise en garde. Au début, toutefois, il semble que les policiers ontariens n'aient pas donné systématiquement aux personnes détenues le numéro 1-800 imprimé sur leurs cartons. Cela ressort de toute évidence non seulement du présent pourvoi et du pourvoi connexe *Pozniak*, mais également de six pourvois (dont le présent et le pourvoi *Pozniak*) qui ont été entendus en même temps par la Cour d'appel de l'Ontario, ainsi que de plusieurs décisions de tribunaux ontariens d'instance inférieure. D'après Moore, *loc. cit.*, à la p. 566, en juin 1992, après que deux décisions de tribunaux d'instance inférieure eurent été rendues, dans lesquelles il a été décidé que la mise en garde faite en Ontario en réponse à l'arrêt *Brydges* n'était pas suffisante parce qu'elle n'informait pas clairement les personnes détenues que l'aide juridique était gratuite et immédiatement accessible, le solliciteur général de l'Ontario a conseillé aux forces de police ontariennes de modifier la mise en garde uniforme en y incluant le numéro 1-800 de l'aide juridique préimprimé sur leurs cartons. Ce fait a été corroboré par l'avocat du ministère public, intimé, dans la présente espèce et dans l'arrêt *Pozniak*.

Il semble aussi que mieux les gens sont informés des droits que leur garantit l'al. 10b), plus ils sont susceptibles de les exercer. D'après le *Summary Report* de P.R.A., à la p. 35:

[TRADUCTION] [L'arrêt *Brydges*] a amené un accroissement de la demande d'avocats de garde, parce que la police est obligée d'informer tous les prévenus de leur droit à l'assistance d'un avocat. Qu'il s'agisse de consultation par téléphone, de service le soir ou la fin de semaine, l'arrêt *Brydges* a incité plus de prévenus à recourir aux services immédiatement après leur arrestation. Après cet arrêt, on a constaté une augmentation importante du nombre d'appels faits sur les lignes 24 heures par jour déjà établies.

This is confirmed by Moore as well, who cites statistics at p. 565 obtained from the Deputy Director of Ontario's Legal Aid Plan showing that, prior to *Brydges* and the implementation of the province-wide duty counsel number, the 1-800 number in Toronto received an average of 300 calls per month. After the release of *Brydges*, the Toronto number apparently averaged 550 to 600 calls per month, while outside of Toronto, the 1-800 number averaged 700 to 800 calls per month.

(e) *Summary of Section 10(b) Principles*

A detainee is entitled under the information component of s. 10(b) of the *Charter* to be advised of whatever system for free, preliminary legal advice exists in the jurisdiction and of how such advice can be accessed (e.g., by calling a 1-800 number, or being provided with a list of telephone numbers for lawyers acting as duty counsel). What remains to be decided, then, is whether the caution given to the appellant by the police in this case complied with the informational requirements under s. 10(b), or whether the appellant waived his informational s. 10(b) rights. It is to this question that I now turn.

(f) *Application*

At the time when the appellant was arrested and detained, there was in place in Ontario a 24-hour duty counsel service accessible by dialling a toll-free number. This service was known to the police and, indeed, the 1-800 number was printed on their caution cards. Section 10(b) required that the existence and availability of this duty counsel system and how to access it be routinely communicated by police in a timely and comprehensible manner to detainees. In reviewing what was said to the appellant, both at the roadside where he was arrested and later, at the police station, I am of the opinion that the appellant was not properly informed of his rights under s. 10(b). As a result, he may have been misled about the nature and extent of his right to counsel, particularly given that he was detained

Ce fait est également confirmé par Moore qui, à la p. 565, cite les statistiques fournies par le directeur adjoint du Régime d'aide juridique de l'Ontario, qui montrent que, avant l'arrêt *Brydges* et la mise à disposition sur tout le territoire de la province du numéro des avocats de garde, le numéro 1-800 à Toronto recevait en moyenne 300 appels par mois. Après l'arrêt *Brydges*, de 550 à 600 appels en moyenne ont été reçus mensuellement au numéro de Toronto, tandis qu'à l'extérieur de Toronto, la moyenne mensuelle au numéro 1-800 était de 700 à 800 appels.

e) *Le résumé des principes dérivés de l'al. 10b)*

En application du volet information de l'al. 10b) de la *Charte*, une personne détenue a le droit d'être informée de l'existence de tout système permettant d'obtenir des conseils juridiques préliminaires, sans frais, dans la province ou le territoire, et de la manière d'y avoir accès (par exemple, en appelant à un numéro 1-800 ou en se voyant remettre une liste de numéros de téléphone d'avocats qui remplissent la fonction d'avocat de garde). La question qu'il reste à trancher, alors, est de savoir si la mise en garde faite à l'appelant par la police en l'espèce respectait les exigences en matière d'information découlant de l'al. 10b) ou si l'appelant a renoncé aux droits d'être informé que lui garantit l'al. 10b). C'est la question que je vais maintenant étudier.

f) *L'application des principes*

Au moment où l'appelant a été arrêté et mis en détention, il existait en Ontario un service d'avocats de garde accessible 24 heures par jour au moyen d'un numéro sans frais. Les policiers connaissaient ce service et, de fait, le numéro 1-800 figurait sur le carton préimprimé servant à faire la mise en garde. L'alinéa 10b) exigeait que l'existence de ce système d'avocats de garde, ainsi que la manière d'y avoir accès, soient communiquées systématiquement par la police aux personnes détenues promptement et d'une manière compréhensible. Après avoir examiné ce qui a été dit à l'appelant, sur le bord de la route où il a été arrêté et plus tard, au poste de police, je suis d'avis que ce dernier n'a pas été bien informé de ses droits garantis par l'al. 10b). En conséquence, il a peut-

during the early hours of a Saturday, a time when a person might reasonably expect that immediate legal assistance would not be available.

On its face, the caution extended to the appellant both at the roadside and at the police station did not advise him of the existence and availability of any "duty counsel" service, nor did it provide him with the toll-free telephone number by which the service could be accessed. However, what must be considered is whether, despite the absence of precise words to this effect, the essence of the appellant's right to immediate and temporary free legal advice was adequately communicated to him, or, alternatively, whether the appellant fully understood his rights and waived the right to be expressly informed of them by the authorities.

In my opinion, the s. 10(b) caution that the appellant received, both at the roadside and at the police station, failed to convey the necessary sense of immediacy and universal availability of legal assistance. First, when the appellant was arrested at the roadside, he was not told of the existence of the 1-800 number for duty counsel and that he would be allowed to call a lawyer as soon as he arrived at the police station where there were telephones. Although it was subsequently made clear upon arrival at the station that he could call "now", the appellant had, in the intervening period between detention at the roadside and arrival at the station, made a self-incriminating statement. Second, reference to Legal Aid was confusing in so far as it implied that free legal advice, while available, was contingent on applying for it once charged — a process which takes time and for which there are qualifying financial requirements. The caution he received failed to communicate the fact that, at the pre-charge stage, a detainee has the opportunity by virtue of the scheme for immediate legal assistance set up by Ontario to speak to duty

être été induit en erreur au sujet de la nature et de la portée de son droit à l'assistance d'un avocat, surtout étant donné qu'il a été mis en détention le samedi au petit jour, moment où toute personne ^a estimera raisonnablement qu'il n'est pas possible d'obtenir immédiatement l'assistance d'un avocat.

À première vue, la mise en garde faite à l'appellant tant au bord de la route qu'au poste de police ne l'a pas informé de l'existence et de l'accessibilité d'un service d'«avocats de garde», et elle ne lui a pas fourni le numéro sans frais permettant d'avoir accès au service. Toutefois, il s'agit de déterminer si, malgré l'absence de précisions à cet effet, l'essence du droit de l'appellant d'obtenir immédiatement et gratuitement des conseils juridiques temporaires lui a été communiquée de manière adéquate ou, subsidiairement, si l'appellant ^d a pleinement compris ses droits et a renoncé au droit qu'il avait d'en être expressément informé par les autorités.

À mon avis, la mise en garde faite à l'appellant en application de l'al. 10(b) tant au bord de la route qu'au poste de police ne lui a pas bien fait comprendre qu'il pouvait immédiatement avoir recours à l'assistance d'un avocat et que cette assistance ^f était accessible à tout le monde. Premièrement, quand l'appellant a été arrêté sur la route, on ne l'a pas informé de l'existence du numéro 1-800 des avocats de garde et on ne lui a pas dit qu'il pourrait communiquer avec un avocat dès son arrivée au poste de police, où il y avait des téléphones. Bien qu'on lui ait bien précisé plus tard, à son arrivée au poste, qu'il pouvait faire un appel téléphonique «maintenant», l'appellant avait, dans l'intervalle ^h entre sa mise en détention sur le bord de la route et son arrivée au poste, fait une déclaration auto-incriminante. Deuxièmement, la mention de l'aide juridique était de nature à l'induire en erreur, car elle impliquait qu'il ne pourrait obtenir des conseils juridiques gratuits que s'il en faisait la demande après qu'une accusation aurait été portée contre lui — processus qui prend du temps et qui est assorti de conditions financières. La mise en garde qu'il a reçue ne l'a pas informé du fait ^j qu'avant qu'une accusation ait été portée contre lui, il avait la possibilité, dans le cadre du régime

counsel and to obtain preliminary legal advice before incriminating him- or herself.

The 1-800 number, or at least the existence of a toll-free telephone number, should have been conveyed to the appellant upon his arrest at the roadside even though there were no telephones available. Indeed, the police should have explained to the appellant that, as soon as they reached the police station, he would be permitted to use a telephone for the purpose of calling a lawyer, including duty counsel which was available to give him immediate, free legal advice. It can hardly be described as an undue hardship on police to require them to provide detainees with this basic information, especially when the toll-free number is already printed on their caution cards. I am satisfied that the 1-800 number was part of the informational requirement under s. 10(b) of the *Charter*. I agree with counsel for the appellant that, in today's highly technological and computerized world, 1-800 numbers are simple and effective means of conveying the sense of immediacy and universal availability of legal assistance which the majority of this Court in *Brydges* said must be conveyed as part of the standard s. 10(b) warning in jurisdictions where such a service exists.

Furthermore, the appellant did not waive his right to receive a caution that fully informed him of his right to counsel. Although detainees can waive their s. 10(b) rights, valid waivers of the informational component of s. 10(b) will, in my view, be rare. As I stated in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41 at p. 49, the validity of a waiver of a procedural right "... is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect..." (emphasis in original). This standard applies equally to waivers of *Charter* rights, including the

ontarien de services juridiques immédiats, de communiquer avec un avocat de garde et d'obtenir des conseils juridiques préliminaires avant de s'incriminer.

Le numéro 1-800, ou du moins l'existence d'un numéro de téléphone sans frais, aurait dû lui être communiqué au moment de son arrestation sur le bord de la route, même s'il n'y avait aucun téléphone sur les lieux. En fait, le policier aurait dû lui expliquer que, dès qu'ils seraient arrivés au poste de police, il serait autorisé à utiliser le téléphone pour appeler un avocat, y compris un avocat de garde disponible qui lui aurait donné immédiatement des conseils juridiques gratuits. On ne peut guère qualifier de difficulté excessive pour les policiers l'obligation de donner ces renseignements de base aux personnes détenues, surtout si le numéro sans frais figure déjà sur leur carton préimprimé. Je suis convaincu que le numéro 1-800 fait partie de l'information dont la communication est exigée par l'al. 10b) de la *Charte*. Je souscris à l'argument de l'avocat de l'appellant selon lequel, à l'heure de la technologie et de l'informatique, les numéros 1-800 sont des moyens simples et efficaces de faire comprendre aux personnes détenues qu'elles peuvent immédiatement avoir recours à l'assistance d'un avocat et que cette assistance est accessible à tout le monde, ce qui, comme l'a dit notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Brydges*, devrait faire partie de la mise en garde type faite en vertu de l'al. 10b) dans les provinces et territoires où ce service existe.

En outre, l'appellant n'a pas renoncé à son droit de recevoir une mise en garde visant à l'informer pleinement de son droit à l'assistance d'un avocat. Bien qu'une personne détenue puisse renoncer aux droits que lui garantit l'al. 10b), il sera, à mon avis, rare qu'elle renonce valablement au volet informationnel de l'al. 10b). Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, pour qu'une renonciation à un droit procédural soit valide, «... il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à proté-

rights guaranteed by s. 10(b): *Evans, supra*, at p. 894. In the case of s. 10(b)'s informational component, requiring that a person waiving the right have "full knowledge" of it means that he or she must already be fully apprised of the information that he or she has the right to receive. A person who waives the right to be informed of something without knowing what it was that he or she had the right to be informed of can hardly be said to be possessed of "full knowledge" of his or her rights. For this reason, the fact that a detainee indicates that he or she does not wish to hear the information conveyed by the standard police "caution" mandated by s. 10(b) will not, by itself, be enough to constitute a valid waiver of s. 10(b)'s informational component.

As this Court held in *Evans* (at p. 892), state authorities have a duty under s. 10(b) "to make a reasonable effort to explain to the accused his right to counsel." In most cases, reading the accused a caution that meets the criteria I have outlined above will satisfy this duty. If the circumstances reveal, however, that a particular detainee does not understand the standard caution, the authorities must take additional steps to ensure that the detainee comprehends the rights guaranteed by s. 10(b), and the means by which they can be exercised: *Evans*, at p. 892, and *Baig*, at p. 540. Conversely, situations may occasionally arise in which the authorities' duty to make a reasonable effort to inform the detainee of his or her s. 10(b) rights will be satisfied even if certain elements of the standard caution are omitted. In my view, however, this will only be the case if the detainee explicitly waives his or her right to receive the standard caution (for example, by interrupting the police when they begin to read the caution and telling them that they do not have to continue) and if the circumstances reveal a reasonable basis for believing that the detainee in fact knows and has adverted to his rights, and is aware of the means by which these rights can be exercised. The fact that a detainee merely indicates that he knows his rights will not, by itself, provide a reasonable basis for

ger . . . » (souligné dans l'original). Ce critère s'applique également à une renonciation aux droits garantis par la *Charte*, y compris les droits garantis par l'al. 10b): *Evans*, précité, à la p. 894. Dans le cas du volet information de l'al. 10b), pour qu'une personne renonçant au droit le fasse en «pleine connaissance», elle doit être déjà pleinement informée des renseignements qu'elle est en droit de recevoir. On ne peut certainement pas dire qu'une personne possède une «pleine connaissance» de ses droits si elle renonce au droit d'être informée de quelque chose sans savoir ce dont elle a le droit d'être informée. Pour ce motif, si une personne détenue indique qu'elle ne désire pas entendre lecture des renseignements figurant sur la «mise en garde» habituelle que la police est tenue de donner en vertu de l'al. 10b), ce fait ne constituera pas en soi une renonciation valide au volet information de l'al. 10b).

Comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Evans* (à la p. 892), les autorités de l'État ont, en vertu de l'al. 10b), l'obligation «de prendre des moyens raisonnables d'expliquer à l'accusé son droit à l'assistance d'un avocat». Dans la plupart des cas, il sera suffisant de lire à l'accusé une mise en garde qui satisfait aux critères que j'ai mentionnés. Cependant, lorsque les circonstances révèlent qu'une personne détenue ne comprend pas la mise en garde habituelle, les autorités doivent prendre des mesures additionnelles pour s'assurer que cette personne saisit les droits que lui garantit l'al. 10b) et les moyens qui lui permettront de les exercer: *Evans*, à la p. 892, et *Baig*, à la p. 540. Par contre, il peut à l'occasion y avoir des cas où l'obligation des autorités de prendre des moyens raisonnables d'informer la personne détenue des droits que lui garantit l'al. 10b) sera respectée même s'il y a omission de certains éléments de la mise en garde habituelle. J'estime cependant que cela sera possible seulement si la personne détenue renonce explicitement à son droit de recevoir la mise en garde habituelle (par exemple, dans le cas où elle interrompt le policier pour lui dire qu'il n'a pas à poursuivre la lecture de la mise en garde) et si les circonstances révèlent qu'il existe des motifs raisonnables de croire que cette personne connaît ses droits, les a invoqués et est au courant des

believing that the detainee in fact understands their full extent or the means by which they can be implemented. For example, a detainee who states that she knows that she has the right to consult with counsel and who purports to waive her right to be informed of it, might in fact be unaware both that she has the right to do so without delay, or that "Brydges duty counsel" service is available to her. In such a case, the state authorities have an obligation to take reasonable steps to assure themselves that the detainee is aware of all of the information he or she has the right to receive (that is, the information contained in a constitutionally valid standard caution). In most cases, of course, the simplest way in which the authorities can discharge this duty will be simply to read the standard caution.

In some circumstances, however, there may be a reasonable basis for believing that a detainee who waives the informational component of s. 10(b) is, in fact, cognizant of some, or all, of the information contained in the standard caution. In this case, omitting this information from the standard caution may not result in a violation of s. 10(b). For example, consider the case of a detainee who is initially charged with one offence, who consults with counsel before being charged with an additional offence. As this Court held in *Black, supra*, a change in the nature of the detention of this sort will cause the state authorities' obligation to inform the detainee of his or her s. 10(b) rights to be triggered anew. Although it would thus be necessary, in this example, for the police to once again inform the detainee that he or she had the right to consult with counsel without delay, it might not be necessary for them to remind the detainee about the existence of duty counsel. If, for instance, the detainee had spoken to duty counsel a few hours earlier, it might be reasonable to assume that he or she remembers that duty counsel service was available. In this case, a waiver by the

moyens de les exercer. Le fait qu'une personne détenue indique simplement qu'elle connaît ses droits n'établira pas en soi l'existence de motifs raisonnables de croire qu'elle en comprend pleinement l'ampleur ou qu'elle est au courant des moyens de les mettre en oeuvre. Par exemple, la personne détenue qui dit être au courant du droit qu'elle a de consulter un avocat et qui renonce à son droit d'en être informé, pourrait bien ne pas savoir qu'elle a le droit de le faire sans délai ou qu'elle peut faire appel à un service d'«avocats de garde selon *Brydges*». Dans ce cas, les autorités de l'État ont l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que la personne détenue est au courant de tous les renseignements qu'elle est en droit de recevoir (c'est-à-dire, les renseignements contenus dans une mise en garde constitutionnellement valide). Dans la plupart des cas, la lecture de la mise en garde habituelle sera la façon la plus simple pour les autorités de s'acquitter de cette obligation.

Cependant, dans certaines circonstances, il peut exister des motifs raisonnables de croire qu'une personne détenue qui renonce au volet information de l'al. 10b) est véritablement au courant de la totalité ou d'une partie des renseignements contenus dans la mise en garde habituelle. Dans ce cas, il pourrait ne pas y avoir violation de l'al. 10b) si l'on omet les renseignements en question dans la lecture de la mise en garde habituelle. Par exemple, prenons le cas d'une personne détenue initialement accusée d'une infraction, qui communique avec un avocat avant d'être accusée d'une infraction additionnelle. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Black*, précité, s'il y a un tel changement dans la nature de la détention, les autorités de l'État auront de nouveau l'obligation d'informer la personne détenue des droits que lui garantit l'al. 10b). Dans cet exemple, il serait nécessaire que la police informe de nouveau la personne détenue qu'elle a le droit de consulter sans délai un avocat, mais elle n'aurait peut-être pas à lui rappeler l'existence des services d'avocats de garde. Dans le cas où la personne détenue a parlé à l'avocat de garde quelques heures plus tôt, il peut être raisonnable de supposer qu'elle se rappelle l'existence de ce service. Dans ce cas, on

detainee of this component of his or her informational rights might be valid.

It must be emphasised, however, that the standard for waiver of the informational right will, as explained above, be high. In my view, any lesser standard than the one indicated would not accord with the purposive approach to s. 10(b) that this court has consistently endorsed (see *Brydges*, at p. 215; *Black*, at p. 152; and *Clarkson*, at p. 394). As I noted earlier, this Court has recognized the pivotal function the informational component of s. 10(b) plays. In light of the component's importance in ensuring that the purposes of s. 10(b) are fully realized, the validity of waivers of the informational component should only be recognized in cases where it is clear that the detainee already fully understands his or her s. 10(b) rights, fully understands the means by which they can be exercised, and adverts to those rights. Requiring that these conditions be met ensures that any subsequent waiver of the right to counsel made following a waiver of the informational component will be a fully informed one. Since the informational obligations s. 10(b) imposes on state authorities are not onerous, it is not unreasonable, in my view, to insist that these authorities resolve any uncertainty that might exist regarding the detainees knowledge of his or her rights, something they can do by simply reading the standard caution, as they are required to do in cases where the detainee does not clearly and unequivocally indicate the desire to waive the informational component.

On the facts of this case, there is no evidence that the appellant expressed any interest in waiving any of his informational rights, including his right to be informed of the existence of *Brydges* duty counsel services. Although it is not, therefore, necessary to consider whether the appellant was, in fact, aware of the existence of duty counsel, I note in passing that there the evidence on the record does not reasonably support the inference that he knew that such services were available. I conclude,

pourrait considérer comme valide la renonciation que la personne détenue fait à l'égard de ce volet de son droit d'être informée.

^a Il y a toutefois lieu de souligner que la norme relative à la renonciation au droit d'être informé est, comme je l'ai déjà expliqué, stricte. À mon avis, toute norme moindre ne serait pas compatible avec l'analyse fondée sur l'objet de l'al. 10b) que notre Cour a constamment appuyée (voir les arrêts *Brydges*, à la p. 215; *Black*, à la p. 152; et *Clarkson*, à la p. 394). Comme je l'ai mentionné, notre Cour a reconnu la fonction essentielle du volet information de l'al. 10b). Compte tenu de l'importance de ce volet pour que les objectifs de l'al. 10b) soient atteints, on ne devrait reconnaître la validité d'une renonciation que dans les cas où il est évident que la personne détenue comprend pleinement les droits que lui garantit l'al. 10b) ainsi que les moyens qui lui sont offerts pour les exercer, et qu'elle invoque ces droits. En exigeant le respect de ces conditions, on s'assure que la personne détenue prendra une décision éclairée si elle renonce à son droit à l'assistance d'un avocat, après avoir renoncé à son droit d'être informée. Puisque les obligations d'informer que l'al. 10b) imposent aux autorités de l'État ne sont pas écrasantes, il n'est pas, à mon avis, déraisonnable d'insister pour que ces autorités dissipent toute incertitude susceptible d'exister relativement à la connaissance que la personne détenue a de ses droits, ce qui peut être accompli par une simple lecture de la mise en garde habituelle, comme elles sont tenues de le faire dans les cas où la personne détenue n'indique pas clairement et de façon non équivoque son désir de renoncer à son droit d'être informée.

Les faits en l'espèce n'indiquent pas que l'appellant aurait exprimé un désir quelconque de renoncer à ses droits d'être informé, y compris son droit d'être informé de l'existence des services d'avocats de garde selon *Brydges*. Par conséquent, bien qu'il ne soit pas nécessaire de vérifier si l'appellant était en fait au courant de l'existence des services d'avocats de garde, je tiens à faire remarquer que les éléments de preuve au dossier n'appuient pas l'inférence qu'il l'était. Je suis donc d'avis de con-

therefore, that the appellant did not waive his s. 10(b) informational rights, and that the authorities' failure to properly inform him of the availability of duty counsel resulted in a s. 10(b) violation.

Since I have concluded that the appellant should have been advised from the outset of the existence and availability of duty counsel and of the 1-800 telephone number, there is no need for me to consider under s. 10(b) the conflicting evidence as to whether or not the appellant expressed a concern to police about being able to reach a lawyer at a late hour. In addition, because the appellant was not properly informed of his right to counsel, his conduct cannot amount to a waiver of his facilitation rights. The standard for waiver of a *Charter* right is high. It is a precondition of a valid waiver that a person know what he or she is waiving. In this case, because the appellant did not know that he had access to free and immediate, preliminary legal advice over the telephone, he was not in a position to give an effective waiver. However, there may be situations where a detainee is so clear about not wanting to speak to any lawyer that, notwithstanding imperfect compliance by police with the informational requirements under s. 10(b), the detainee's conduct will be a factor militating in favour of admission of the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

Under the circumstances of this case where no urgency was involved and where there was no valid waiver of s. 10(b)'s informational component, the breach of the appellant's s. 10(b) rights was complete upon his not being advised of the existence and availability of Ontario's duty counsel service and of the toll-free number by which it could be accessed. I find, therefore, that the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* were infringed by the police. Accordingly, it is necessary to decide whether the evidence obtained as a

clure que l'appelant n'a pas renoncé aux droits que lui garantit l'al. 10b) et que les autorités ont contrevenu à cet alinéa en ne l'informant pas convenablement de l'existence des services d'avocats de garde.

Puisque j'ai conclu que l'appelant aurait dû être informé dès le début de l'existence et de l'accessibilité des avocats de garde et du numéro de téléphone 1-800, il n'est pas nécessaire que j'étudie, au regard de l'al. 10b), les témoignages contradictoires sur la question de savoir si l'appelant a manifesté en présence des policiers son inquiétude au sujet de la possibilité de joindre un avocat tard dans la nuit. En outre, comme l'appelant n'a pas été bien informé de son droit à l'assistance d'un avocat, sa conduite ne saurait être assimilée à une renonciation à ses droits de se voir faciliter le recours à cette assistance. La norme relative à la renonciation à un droit garanti par la *Charte* est stricte. Pour qu'une renonciation soit valide, la personne doit savoir ce à quoi elle renonce. En l'espèce, puisque l'appelant ne savait pas qu'il avait accès par téléphone à des conseils juridiques préliminaires, sans frais et sans délai, il n'était pas à même de renoncer valablement à son droit. Toutefois, il peut arriver qu'une personne détenue manifeste avec tellement de clarté sa volonté de ne communiquer avec aucun avocat que, même si les policiers n'ont pas donné tous les renseignements exigés par l'al. 10b), sa conduite sera un facteur militant en faveur de l'utilisation des éléments de preuve en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*.

Vu les circonstances du présent pourvoi où aucune urgence n'entraîne en jeu et où l'appelant n'a pas fait une renonciation valide au volet information de l'al. 10b), la violation des droits que cet alinéa garantit à l'appelant était complète dès qu'il n'a pas été informé de l'existence du service ontarien d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir au moyen du numéro sans frais y donnant accès. Je conclus donc que la police a porté atteinte aux droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant. Par conséquent, il est néces-

result of this violation should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

(g) *Exclusion of Evidence*

The evidence at issue here are the results of two failed breathalyser tests and the appellant's incriminating statement to the police at the roadside that he had had five to six beers that night.

Section 24(2) of the *Charter* provides as follows:

24. . . .

(2) Where . . . a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

There are two requirements for exclusion of evidence under s. 24(2): *Strachan, per Dickson C.J.*, at p. 1000, and *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, *per Le Dain J.*, at p. 648. First, there has to have been a *Charter* violation in the course of obtaining the evidence. Second, it must be found that having regard to all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Under the first threshold requirement, there must be some connection or relationship between the infringement of the right or freedom in question and the obtaining of the evidence which is sought to be excluded. However, a strict causal link between the *Charter* infringement and the discovery of the evidence is not required: *Therens, per Le Dain J.* at p. 649; *Strachan, per Dickson C.J.* at pp. 1000-1006, and *Lamer J.* (as he then was) at p. 1009; and *Brydges* at p. 210. Generally speaking, so long as it is not too remotely connected with the violation, all the evidence obtained as part of the "chain of events" involving the *Charter* breach will fall within the scope of

saire de décider si les éléments de preuve obtenus par suite de cette violation doivent être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

a g) *L'exclusion des éléments de preuve*

Les éléments de preuve en cause sont les résultats de deux alcootests auxquels l'appelant a échoué et sa déclaration incriminante faite au policier sur le bord de la route, selon laquelle il avait consommé cinq ou six bières ce soir-là.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* est ainsi conçu:

24. . . .

(2) Lorsque [...] le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice,

Deux conditions doivent être remplies pour que des éléments de preuve puissent être écartés conformément au par. 24(2): *Strachan*, le juge en chef Dickson, à la p. 1000, et *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain, à la p. 648. Premièrement, il faut qu'il y ait eu violation de la *Charte* à l'occasion de l'obtention des éléments de preuve. Deuxièmement, le tribunal doit conclure qu'eu égard aux circonstances, l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Ce qu'exige d'abord la première condition, c'est qu'il y ait un lien ou un rapport quelconque entre la violation du droit ou de la liberté en question et l'obtention de la preuve que la demande vise à faire écarter. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un lien strict de causalité entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve: *Therens*, le juge Le Dain, à la p. 649; *Strachan*, le juge en chef Dickson, aux pp. 1000 à 1006 et le juge Lamer (maintenant Juge en chef), à la p. 1009; et *Brydges*, à la p. 210. De façon générale, s'ils ne sont pas trop éloignés de la violation, tous les éléments de preuve obtenus pendant la «suite des événements» qui se rapportent à

s. 24(2): *Strachan*, per Dickson C.J. at p. 1006, and Lamer J. at p. 1009. This means that in the initial inquiry under s. 24(2) as to whether evidence has been “obtained in a manner that infringed or denied” *Charter* rights, courts should take a generous approach. However, it should be borne in mind that the presence and strength of the causal connection between the evidence and the *Charter* breach may be a factor for consideration under the second, more important, branch of s. 24(2): *Strachan*, per Dickson C.J., at p. 1006; and *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504, per Sopinka J., at p. 530.

In the case at bar, I am satisfied that the breathalyser evidence as well as the self-incriminating statement were obtained in the context of the infringement of the appellant’s right to counsel under s. 10(b) and, therefore, that they pass the first hurdle under s. 24(2).

The analysis must then proceed to the second stage of inquiry under s. 24(2), where it must be determined whether, in all of the circumstances, admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute. In order to make this determination, a court must balance factors relating to the effect of admission on the fairness of the trial, the seriousness of the breach, and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 284-86. The overall burden of persuasion under s. 24(2) rests on the party seeking exclusion of the evidence: *Collins*, at p. 280; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, per Dickson C.J. at p. 532; and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 59. That is, it is the applicant for exclusion under s. 24(2) who must ultimately satisfy the court on a balance of probabilities that admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute.

la violation de la *Charte* sont visés par le par. 24(2): *Strachan*, le juge en chef Dickson, à la p. 1006, et le juge Lamer, à la p. 1009. Cela signifie que les tribunaux doivent adopter une approche libérale relativement à la première étape de l’examen prévu au par. 24(2) quant à savoir si des éléments de preuve ont été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte» aux droits garantis par la *Charte*. Cependant, il ne faut pas oublier que l’existence et la force du lien de causalité entre les éléments de preuve et la violation de la *Charte* peuvent être des facteurs à prendre en considération en vertu du second volet, plus important, du par. 24(2): *Strachan*, le juge en chef Dickson, à la p. 1006; et *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)* [1993] 4 R.C.S. 504, le juge Sopinka, à la p. 530.

En l’espèce, je suis convaincu que les éléments de preuve fournis par l’alcooltest ainsi que la déclaration auto-incriminante ont été obtenus dans le contexte de la violation du droit de l’appelant à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) et que, par conséquent, ils remplissent la première condition posée par le par. 24(2).

L’analyse doit porter ensuite sur la seconde étape de l’examen prévu au par. 24(2), qui consiste à déterminer si, eu égard aux circonstances, l’utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Pour décider de ce point, le tribunal doit soupeser des facteurs touchant l’effet de leur utilisation sur l’équité du procès, la gravité de la violation et l’effet de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, aux pp. 284 à 286. La charge de persuasion générale, au regard du par. 24(2), incombe à la partie qui demande que des éléments de preuve soient écartés: *Collins*, à la p. 280; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, le juge en chef Dickson, à la p. 532; et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 59. Celui qui demande la réparation prévue au par. 24(2) assume donc la charge ultime de démontrer au tribunal suivant la prépondérance des probabilités que l’utilisation des éléments de preuve risque de déconsidérer l’administration de la justice.

However, just because the applicant bears the ultimate burden of persuasion under s. 24(2) does not mean that he or she will bear this burden on every issue relevant to the inquiry. As a practical matter, the onus on any issue will tend to shift back and forth between the applicant and the Crown, depending on what the particular contested issue is, which party is seeking to rely on it and, of course, the nature of the *Charter* right which has been violated. As Sopinka, Lederman and Bryant state at p. 397 of their text, *The Law of Evidence in Canada*:

The applicant's burden under s. 24(2) is quite unlike an ordinary civil burden to establish facts. Once the *Charter* violation and circumstances surrounding it are proved, the inquiry departs the realm of pure fact and becomes concerned with matters that are not susceptible of proof in the ordinary sense, such as the possible effect of admission on the fairness of the trial, the relative seriousness of the *Charter* violation, and the very concept of the reputation of the administration of justice. Furthermore, the true burden is in practice bound to drift towards the Crown, since many factors in the equation are within the peculiar knowledge of the Crown (e.g., good faith, urgency, availability of other investigative techniques); and, perhaps more important, it is the Crown that is functionally responsible for the maintenance of the administration of justice.

The validity of these comments is confirmed when one considers the case law. For example, in cases involving a breach of s. 8 of the *Charter* where evidence has been obtained as a result of an unreasonable search and seizure, it is clear that, unless the Crown can show that the police had reasonable and probable grounds to act as they did, such as a well founded belief at the time that an accused was in possession of drugs or that there were compelling and urgent circumstances, there is a presumption that the violation is a serious one under s. 24(2) which must be rebutted by the Crown: e.g., *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, *per Lamer J.* for the majority.

Toutefois, le fait que celui qui demande l'exclusion prévue au par. 24(2) assume la charge ultime de persuasion ne signifie pas qu'il doit supporter cette charge à l'égard de tous les aspects de l'examen. En pratique, la charge relative à un élément de preuve donné aura tendance à se déplacer entre celui qui demande l'exclusion et le ministère public, selon la nature de la question en litige, selon que l'une ou l'autre partie veut l'invoquer et, bien sûr, selon la nature du droit garanti par la *Charte* qui a été violé. Comme le disent Sopinka, Lederman et Bryant dans leur ouvrage *The Law of Evidence in Canada*, à la p. 397:

[TRADUCTION] La charge de celui qui demande l'exclusion en application du par. 24(2) est tout à fait distincte de la norme civile ordinaire de preuve des faits. Une fois prouvées la violation de la *Charte* et les circonstances de cette violation, l'examen cesse de porter sur les simples faits pour concerner des éléments qui ne sont pas susceptibles d'être prouvés suivant la norme courante, tels que l'effet possible de l'utilisation sur l'équité du procès, la gravité relative de la violation de la *Charte* et la notion même de considération dont jouit l'administration de la justice. Par surcroît, la charge véritable glissera sûrement, en pratique, vers le ministère public car celui-ci est le seul qui puisse apporter des éléments de preuve concernant de nombreux facteurs à prendre en considération (par exemple, la bonne foi, l'urgence, la possibilité d'employer d'autres méthodes d'enquête) et, ce qui est peut-être plus important, l'administration de la justice est une fonction qu'il appartient au ministère public d'exercer.

La validité de ces observations est confirmée par la jurisprudence. Par exemple, il ressort clairement des affaires relatives à une violation de l'art. 8 de la *Charte*, où des éléments de preuve ont été obtenus par suite d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie abusive, qu'à moins que le ministère public n'ait montré que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables d'agir comme ils l'ont fait, notamment qu'ils étaient fondés à croire que l'accusé transportait de la drogue ou qu'il s'agissait d'un cas d'urgence ou de nécessité, il existe une présomption qu'en ce qui a trait au par. 24(2) la violation est grave, et le ministère public doit la réfuter: *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, le juge Lamer, pour la majorité.

One of the issues that tends to arise in cases where there has been a breach of s. 10(b) of the *Charter* is whether the accused would have acted any differently had there been no violation of his or her right to counsel. In the case at bar, for instance, a question that arises is whether the appellant would have actually contacted a lawyer if he had been properly advised of his right to duty counsel and of the existence of the 1-800 number. This issue is related to the strength of the causal link that exists between the violation and the evidence obtained, a matter that was mentioned above in the context of the first branch of inquiry under s. 24(2). Inevitably, the causal connection issue intersects with the question of burden of proof. That is, on whom should the risk of non-persuasion in these circumstances fall? Framed positively, does the Crown bear the burden of proving that the accused would not have acted any differently had his or her s. 10(b) rights been respected (so that the evidence would have been obtained in any event), or does the s. 24(2) applicant bear the burden of proving that he or she would have exercised his or her right to counsel if the police had complied with their informational obligation?

In my view, the Crown should bear the legal burden (the burden of persuasion) of establishing, on the evidence, that the s. 24(2) applicant would not have acted any differently had his s. 10(b) rights been fully respected, and that, as a consequence, the evidence would have been obtained irrespective of the s. 10(b) breach. There are at least two reasons why the Crown should bear this burden.

First, breaches of s. 10(b) tend to impact directly on adjudicative fairness. Indeed, this Court has consistently said that where self-incriminatory (as opposed to real) evidence has been obtained as a result of a s. 10(b) violation, its admission will generally have a negative affect on the fairness of the trial. As the majority explained in *Collins*, at pp. 284-85:

L'une des questions qui a tendance à se poser dans les causes où il y a eu violation de l'al. 10b) de la *Charte* est celle de savoir si l'accusé aurait agi différemment si son droit à l'assistance d'un avocat n'avait pas été violé. En l'espèce, par exemple, on se pose la question de savoir si l'appellant aurait communiqué avec un avocat si on l'avait bien informé de son droit à l'assistance d'un avocat de garde et de l'existence du numéro 1-800. Cette question se rapporte à la force du lien de causalité qui existe entre la violation et les éléments de preuve obtenus, question qui a été mentionnée ci-dessus dans le contexte du premier volet de l'examen effectué dans le cadre du par. 24(2). Inévitablement, la question du lien de causalité déborde sur celle de la charge de la preuve. C'est-à-dire, à qui doit incomber le risque de non-persuasion dans ces circonstances? Si on formule la question positivement, le ministère public a-t-il la charge de prouver que l'accusé n'aurait pas agi différemment si les droits que lui garantit l'al. 10b) avaient été respectés (de manière que la preuve aurait quand même été obtenue), ou le requérant qui invoque le par. 24(2) a-t-il la charge de prouver qu'il aurait exercé son droit à l'assistance d'un avocat si les policiers s'étaient acquittés de leur obligation en matière d'information?

À mon avis, le ministère public devrait avoir la charge ultime (la charge de persuasion) d'établir, à partir de la preuve, que le requérant qui invoque le par. 24(2) n'aurait pas agi différemment si les droits que lui garantit l'al. 10b) avaient été pleinement respectés et que, par conséquent, les éléments de preuve auraient été obtenus, malgré la violation de l'al. 10b). Il y a au moins deux raisons pour lesquelles cette charge de présentation devrait incomber au ministère public.

Premièrement, les violations de l'al. 10b) tendent à se répercuter directement sur l'équité de la décision. En effet, notre Cour a invariablement dit que, dans les cas où une preuve auto-incriminante (par opposition à une preuve matérielle) a été obtenue par suite de la violation de l'al. 10b), son utilisation nuira généralement à l'équité du procès. Comme l'explique la majorité dans l'arrêt *Collins*, aux pp. 284 et 285:

Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. Such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. Our decisions in *Therens, supra*, and *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, are illustrative of this. The use of self-incriminating evidence obtained following a denial of the right to counsel will generally go to the very fairness of the trial and should generally be excluded. [Emphasis added.]

The reason that conscripted evidence obtained from an accused in violation of his or her right to counsel is inherently more suspect than real evidence is that its use may infringe an accused's privilege against self-incrimination, a right which might have been protected had the accused been given the opportunity to consult counsel to which he or she is entitled: *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *Black*, at pp. 159-60; *Evans*, at p. 896; and *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, at p. 40.

Second, in light of the many warnings by this Court about the dangers of speculating about what advice might have been given to a detainee by a lawyer had the right to counsel not been infringed (*infra*, pp. 215 ff.), it is only consistent that uncertainty about what an accused would have done had his or her s. 10(b) rights not been violated be resolved in the accused's favour and that, for the purposes of considering the effect of admission of evidence on trial fairness, courts assume that the incriminating evidence would not have been obtained but for the violation. The state bears the responsibility for the breach of the accused's constitutional rights. If the state subsequently claims that there was no causal link between this breach and the obtaining of the evidence at issue, it is the

Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qu'illustrent nos arrêts *Therens*, précité, et *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue dans le contexte de la négation du droit à l'assistance d'un avocat compromettra généralement le caractère équitable du procès même et elle doit en général être écartée. [Je souligne.]

La raison pour laquelle la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, par la violation de son droit à l'assistance d'un avocat, est intrinsèquement plus suspecte qu'une preuve matérielle est que son utilisation peut porter atteinte au privilège de l'accusé de ne pas s'incriminer, droit qui aurait pu être protégé si l'accusé avait eu la possibilité, comme il en avait le droit, de consulter un avocat: *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *Black*, aux pp. 159 et 160; *Evans*, à la p. 896; et *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, à la p. 40.

Deuxièmement, étant donné les mises en garde qu'a souvent faites notre Cour au sujet des dangers des conjectures sur les conseils qu'un avocat aurait donnés à la personne détenue si son droit à l'assistance d'un avocat n'avait pas été violé (ci-après, aux pp. 215 et suiv.), il n'est que logique que tout doute sur ce que l'accusé aurait fait si les droits que lui garantit l'al. 10b) n'avaient pas été violés soit dissipé à son avantage et que, au regard de l'effet de l'utilisation des éléments de preuve sur l'équité du procès, les tribunaux présument que la preuve auto-incriminante n'aurait pas été obtenue sans la violation. L'État est responsable de la violation des droits constitutionnels de l'accusé. Si l'État prétend par la suite qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre la violation et l'obtention de la

state that should bear the burden of proving this assertion.

Section 24(2) applicants thus do not bear the burden of proving that they would have consulted counsel had their s. 10(b) rights not been infringed. Of course, once there is positive evidence supporting the inference that an accused person would not have acted any differently had his or her s. 10(b) rights been fully respected, a s. 24(2) applicant who fails to provide evidence that he or she would have acted differently (a matter clearly within his or her particular knowledge) runs the risk that the evidence on the record will be sufficient for the Crown to satisfy its legal burden (the burden of persuasion). Although at p. 423 of my reasons in *R. v. Schmutz*, [1990] 1 S.C.R. 398, I implied that the burden of proof on this issue rested upon the accused, upon further reflection I have decided that the approach I have adopted here is to be preferred.

A review of past decisions by this Court clearly demonstrates that exclusion of evidence, even self-incriminatory evidence, will not necessarily follow each and every breach of the right to counsel under s. 10(b): e.g., see *Strachan*, per Dickson C.J., at p. 1008; *Tremblay; Black; Schmutz*, per Lamer J., at pp. 422-23; and *R. v. Mohl*, [1989] 1 S.C.R. 1389. If the party resisting admission of the evidence is unable to establish in an overall sense that its admission would bring the administration of justice into disrepute, the evidence should be admitted.

(i) Breathalyser Evidence and the Issue of Statutory Compellability

In the case at bar, not only is the appellant's statement about having five to six beers clearly self-incriminatory, but so too are the results of the breathalyser tests. The breath samples provided by the appellant emanated from his body and, unlike real evidence, could not have been obtained but for the appellant's participation in their construction: *Ross*, at p. 16. The conscriptive character of breathalyser evidence in the impaired driving context warrants further discussion in light of a line of

preuve en question, il lui incombe de prouver son affirmation.

Les requérants qui invoquent le par. 24(2) n'ont donc pas la charge de prouver qu'ils auraient consulté un avocat s'il n'y avait pas eu violation des droits que leur garantit l'al. 10b). Naturellement, si une preuve positive appuie l'inférence selon laquelle une personne accusée n'aurait pas agi différemment si les droits que lui garantit l'al. 10b) avaient été pleinement respectés, le requérant qui ne peut prouver qu'il aurait agi différemment (chose qu'il est bien placé pour savoir) court le risque que la preuve au dossier soit suffisante pour que le ministère public s'acquitte de sa charge ultime (la charge de persuasion). Bien que, à la p. 423 de mes motifs dans l'arrêt *R. c. Schmutz*, [1990] 1 R.C.S. 398, j'aie donné à entendre que la charge de la preuve sur cette question incombe à l'accusé, après réflexion, j'ai décidé que la position que j'adopte en l'espèce est préférable.

Il appert des arrêts de notre Cour que ce n'est pas toute violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) qui entraîne l'exclusion des éléments de preuve, même de ceux qui sont auto-incriminants: voir, par exemple, les arrêts *Strachan*, le juge en chef Dickson, à la p. 1008; *Tremblay; Black; Schmutz*, le juge Lamer, aux pp. 422 et 423; et *R. c. Mohl*, [1989] 1 R.C.S. 1389. Si la partie qui s'oppose à l'utilisation des éléments de preuve n'est pas en mesure de démontrer d'une manière générale que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, ils devraient être utilisés.

(i) La preuve fournie par l'alcootest et la question de la contraignabilité prévue par la loi

En l'espèce, non seulement la déclaration de l'appelant selon laquelle il avait consommé cinq ou six bières, mais aussi les résultats des alcootests, sont nettement auto-incriminants. Les échantillons d'haleine fournis par l'appelant émanaient de son corps et, contrairement aux éléments de preuve matérielle, n'auraient pas pu être obtenus sans sa participation à la constitution de ces éléments de preuve: *Ross*, à la p. 16. Compte tenu de la tendance à tenter de minimiser ou même de nier

argument which seeks to down play or even deny the self-incriminatory nature of breath samples. This line of argument not only appears to be gaining acceptance amongst courts of appeal (e.g., see the Nova Scotia Court of Appeal's reasons in *Prosper*), but is also urged upon us by the respondent Crown in this and the related case of *Pozniak*. The argument can be summarized as follows: because the breathalyser evidence was statutorily compellable whether or not the appellant spoke to counsel, it could not have affected the fairness of the trial and, therefore, should be admitted under s. 24(2) of the *Charter*.

One of the leading authorities for this approach to breathalyser evidence is *R. v. Jackson* (1993), 15 O.R. (3d) 709 (C.A.). In that case, a unanimous Court of Appeal found a breach of s. 10(b) of the *Charter* because of the failure of the police in the circumstances to explain to the accused that he had a right to privacy when contacting his lawyer. Under s. 24(2), the court acknowledged that the breath samples were not in existence at the time of the breach and could, therefore, be characterized as evidence emanating from the accused (p. 718). However, the court did not believe that admission of such evidence would render the trial unfair. Unlike with other types of evidence emanating from an accused person, in the case of breath samples there is a legal obligation to provide them under s. 254(3)(a) of the *Code*, provided the requirements of that subsection are met. Indeed, it constitutes an offence under s. 254(5) of the *Code* to fail or refuse to provide a sample without a reasonable excuse. The Court in *Jackson*, *supra*, noted that the evidence on the *voir dire* established reasonable and probable grounds for the police having made the breath sample demand. It found on the facts that there was no evidence to indicate a reasonable excuse which would justify the accused failing or refusing to provide a sample, no matter what advice he received from counsel. Writ-

l'importance de la nature auto-incriminante des échantillons d'haleine, il est justifié que nous examinions plus à fond le fait que la preuve fournie par l'alcootest dans le contexte de la conduite en état de facultés affaiblies est de nature à mobiliser l'accusé contre lui-même. Non seulement ce raisonnement reçoit de plus en plus l'approbation des cours d'appel (voir, par exemple, les motifs de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Prosper*), mais encore son acceptation est préconisée par le ministère public intimé dans le présent pourvoi et dans le pourvoi connexe *Pozniak*. On peut résumer ce raisonnement comme suit: puisque l'accusé était contraint par la loi de fournir des échantillons d'haleine, qu'il ait ou non communiqué avec un avocat, ces échantillons n'auraient pas pu compromettre l'équité du procès et, par voie de conséquence, ils devraient être admis en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

L'un des arrêts de principe qui appuie ce point de vue sur la preuve fournie par l'alcootest est l'arrêt *R. c. Jackson* (1993), 15 O.R. (3d) 709 (C.A.). Dans cette affaire, la cour d'appel à l'unanimité a conclu à une violation de l'al. 10(b) de la *Charte* parce que la police n'avait pas, dans les circonstances, expliqué à l'accusé qu'il avait le droit de communiquer avec son avocat en privé. En application du par. 24(2), la cour a reconnu que les échantillons d'haleine n'existaient pas au moment de la violation et qu'ils pouvaient, par conséquent, être assimilés à des éléments de preuve émanant de l'accusé (p. 718). Toutefois, la cour ne croyait pas que l'utilisation de ces éléments de preuve rendrait le procès inéquitable. Contrairement aux autres types de preuve émanant de l'accusé, dans le cas des échantillons d'haleine, il existe une obligation légale de les fournir, en vertu de l'al. 254(3)a) du *Code*, si les conditions de cette disposition sont remplies. En fait, commet l'infraction prévue au par. 254(5) du *Code* quiconque fait défaut ou refuse, sans excuse raisonnable, de fournir un échantillon. Dans l'arrêt *Jackson*, précité, la cour a fait remarquer que la preuve présentée lors du *voir-dire* avait établi que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables, d'exiger les échantillons d'haleine. Vu les faits, elle a jugé qu'aucun élément de preuve n'indiquait que l'accusé avait une

ing for the Court, Goodman J.A. concluded at p. 719:

It seems to me that the admission of evidence of the results of a breathalyser test taken after a breach of s. 10(b), which test the accused would have been lawfully required to take in the circumstances of the particular case, cannot be said to operate unfairly in the conduct of the trial.

With respect, I am unable to agree that breathalyser evidence should be treated in this manner. It is true that under the *Code* there are a unique set of offences relating to impaired driving which limit the options available to a person who is the subject of a breathalyser demand. That is, the person can either “blow” as requested and risk failing the breathalyser test and being charged with the “over 80” offence under s. 253(b) of the *Code*, or the person can refuse and be charged with the offence of “refusal to blow” pursuant to s. 254(5) of the *Code*. As this Court said in *Therens, per Le Dain J.*, at p. 643, it rings false to suggest that, under such circumstances, a detainee is “free” to choose not to blow:

A refusal to comply with a s. 235(1) [now 254(3)] demand without reasonable excuse is, under s. 235(2) [now 254(5)], a criminal offence. It is not realistic to speak of a person who is liable to arrest and prosecution for refusal to comply with a demand which a peace officer is empowered by statute to make as being free to refuse to comply. The criminal liability for refusal to comply constitutes effective compulsion. [Emphasis added.]

It is for this reason that breathalyser evidence is often characterized as “statutorily compellable”.

What is singular about the refusal offence in the impaired driving context is that it punishes a person who refuses to incriminate him- or herself. In

excuse raisonnable pour faire défaut ou refuser de fournir des échantillons, peu importe les conseils de son avocat. Au nom de la cour, le juge Goodman a conclu, à la p. 719:

[TRADUCTION] Il me semble que l'utilisation de la preuve constituée par les résultats de l'alcootest effectué après la violation de l'al. 10b), test auquel la loi obligeait l'accusé à se soumettre dans les circonstances de l'espèce, ne saurait être tenue pour nuisible au caractère équitable du procès.

En toute déférence, je ne saurais être d'accord avec l'argument selon lequel la preuve fournie par l'alcootest devrait être traitée ainsi. Il est vrai que le *Code* crée une série d'infractions exceptionnelles concernant la conduite avec facultés affaiblies, qui limitent le nombre d'options de la personne à qui est intimé l'ordre de fournir des échantillons d'haleine. C'est-à-dire qu'elle peut soit «souffler» dans l'instrument comme on le lui demande, soit risquer d'échouer à l'alcootest et d'être inculpée de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code*, savoir le cas où l'alcoolémie dépasse 80 mg, ou encore refuser et être accusée d'avoir «refusé de fournir un échantillon d'haleine», infraction prévue au par. 254(5) du *Code*. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Therens*, par l'entremise du juge Le Dain, à la p. 643, c'est une erreur de croire qu'en pareil cas, la personne détenue est «libre» de choisir de ne pas fournir d'échantillon:

Suivant le par. 235(2) [maintenant le par. 254(5)], est coupable d'un acte criminel quiconque, sans excuse raisonnable, refuse d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 235(1) [maintenant le par. 254(3)]. Il est irréaliste de dire d'une personne qui est passible d'arrestation et de poursuites pour refus d'obtempérer à une sommation faite par un agent de la paix dans l'exercice du pouvoir que lui confère la loi, qu'elle est libre de refuser d'obtempérer à cette sommation. La responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer constitue une contrainte réelle. [Je souligne.]

C'est pourquoi on parle souvent de «contraignabilité prévue par la loi» à propos de la preuve obtenue par alcootest.

Ce qu'il y a de singulier dans le cas de l'infraction consistant à refuser de fournir un échantillon dans le contexte de la conduite avec facultés affai-

this respect, it should be noted that the constitutionality of s. 254(5) of the *Code* has not been raised here. If one considers, for example, a person charged with murder, it is clear that that person cannot be statutorily compelled to comply with a breathalyser demand which is made in order to counter a possible defence of drunkenness. The sole authority for making a breathalyser demand is found in s. 254(3)(a) of the *Code*, which says that police must believe on reasonable and probable grounds that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under s. 253. Section 253, in turn, specifically relates only to the operation and care and control of a "motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment".

In light of the restricted options available to a detainee who has received a demand to provide breath samples under s. 254(3)(a) of the *Code*, it follows that the advice of a lawyer in such circumstances will be correspondingly limited. That is, a lawyer can advise his or her client to blow (indeed, it would be improper to advise the client not to blow simply for the sake of refusing or for some oblique motive because to do so would be counselling a crime). Alternatively, in a situation where a lawyer believes that the client may have a defence to a refusal charge under s. 254(5), such as a lack of reasonable and probable grounds by the police to make the demand, the lawyer can advise his or her client to refuse to blow. This is to be contrasted with our hypothetical murder case where a lawyer would very likely counsel his or her client not to risk incriminating him- or herself by providing breath samples.

Although the scope of available legal advice in the impaired driving context is necessarily limited, one must be mindful of the fact that this Court has

blies, c'est qu'elle punit une personne qui refuse de s'incriminer. À cet égard, il faut noter que la constitutionnalité du par. 254(5) du *Code* n'a pas été soulevée en l'espèce. Si l'on prend, par exemple, la personne inculpée de meurtre, il est clair que la loi ne l'oblige pas à se conformer à l'ordre de fournir des échantillons d'haleine qui lui serait intimé en vue de riposter à un moyen de défense possible basé sur l'état d'ébriété. L'ordre de fournir des échantillons d'haleine ne peut être fondé que sur l'al. 254(3)a) du *Code*, selon lequel les policiers doivent avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'art. 253. Cet article en retour ne concerne précisément que la conduite ou la garde et le contrôle «d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire».

Étant donné le nombre limité d'options de la personne détenue qui a reçu l'ordre de fournir des échantillons d'haleine conformément à l'al. 254(3)a) du *Code*, il s'ensuit que les conseils d'un avocat en pareilles circonstances seront limités eux aussi. C'est-à-dire que l'avocat peut conseiller à son client de souffler dans l'instrument (en fait, il serait mal venu de lui conseiller de ne pas fournir d'échantillon simplement pour le plaisir de refuser ou pour un autre motif quelconque, parce qu'il lui conseillerait alors de commettre une infraction). En revanche, dans le cas où un avocat croirait que son client peut faire valoir un moyen de défense contre l'accusation d'avoir refusé d'obtempérer à un ordre, soit l'infraction prévue au par. 254(5), entre autres parce que les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables et probables de lui donner cet ordre, l'avocat pourrait lui conseiller de refuser d'obtempérer. Cette situation s'oppose au cas du meurtre dans l'hypothèse précédente dans lequel l'avocat conseillerait probablement à son client de ne pas risquer de s'incriminer en fournissant des échantillons d'haleine.

Bien que l'éventail des conseils juridiques susceptibles d'être donnés dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies soit nécessairement

clearly stated in the past that, where the right to counsel has been infringed, it is improper to speculate about the nature of the advice that a detainee would have received and whether the evidence would have been obtained had the right not been infringed: *Strachan*, per Dickson C.J., at p. 1002; and *Elshaw*, at pp. 43-44.

In *Elshaw*, which involved charges of attempted sexual assault, Justice Iacobucci, writing for the majority, held that certain statements obtained from the accused in violation of his s. 10(b) rights should be excluded. In the course of his reasons, Iacobucci J. rejected the conclusion of the Court of Appeal for British Columbia that the admission of the evidence would not greatly prejudice the accused because self-incriminating evidence would probably have been obtained from him even if the police had complied with s. 10(b) of the *Charter*. In support of his position, Iacobucci J. cited Wilson J.'s statement in *Black* at p. 153, that "it is improper for a court to speculate about the type of legal advice which would have been given had the accused actually succeeded in contacting counsel after the charge was changed". Iacobucci J. concluded at p. 44:

This reasoning applies equally well to the Court of Appeal's speculation that self-incriminating evidence would have been obtained in any event. No one can speculate what the appellant might have said or done at the time of his detention had he been advised of his right to counsel or even of his right to remain silent. To base admission on the ground that he might have confessed completely undermines the enshrinement of the right to counsel in the *Charter*. [Emphasis in original.]

I am satisfied that there is sufficient scope for legal advice to a detainee who has received a breathalyser demand pursuant to s. 254(3)(a) of the *Code* to say that courts must not speculate about the nature of that advice and whether it would have made any difference to the outcome of the case. In addition, I must respectfully disagree with the

limité, il faut tenir compte du fait que notre Cour a dit clairement dans le passé que, si le droit à l'assistance d'un avocat a été violé, il ne convient pas de conjecturer sur la nature des conseils qu'une personne détenue aurait reçus et sur la question de savoir si les éléments de preuve auraient été découverts si le droit n'avait pas été violé: *Strachan*, le juge en chef Dickson, à la p. 1002, et *Elshaw*, aux pp. 43 et 44.

Dans l'arrêt *Elshaw*, qui concernait des accusations de tentative d'agression sexuelle, le juge Iacobucci, au nom de la majorité, a décidé que certaines déclarations obtenues de l'accusé par suite de la violation des droits que lui reconnaît l'al. 10b) devaient être écartées. Dans ses motifs, le juge Iacobucci a rejeté la conclusion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique selon laquelle l'utilisation des éléments de preuve ne s'avérerait pas très préjudiciable à l'accusé, parce qu'il aurait probablement fourni des éléments de preuve auto-incriminants même si les policiers s'étaient conformés à l'al. 10b) de la *Charte*. Pour étayer sa position, le juge Iacobucci a cité les propos du juge Wilson dans l'arrêt *Black*, à la p. 153, selon qui «il ne convient pas qu'une cour de justice se demande quel genre d'avis juridique aurait été donné si l'accusée avait réussi à communiquer avec son avocat après le changement de l'accusation». Le juge Iacobucci conclut en ces termes, à la p. 44:

Ce raisonnement s'applique tout aussi bien à l'hypothèse formulée par la Cour d'appel, selon laquelle une preuve auto-incriminante aurait été obtenue de toute façon. Nul ne peut conjecturer sur ce que l'appelant aurait pu dire ou faire au moment de sa détention s'il avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat ou même de son droit de garder le silence. Motiver l'utilisation des éléments de preuve par le fait qu'il aurait pu faire un aveu, c'est miner complètement le droit à l'assistance d'un avocat consacré dans la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

Je suis convaincu que l'éventail des conseils juridiques qui peuvent être donnés à la personne détenue qui a reçu l'ordre de fournir un échantillon d'haleine en conformité avec l'al. 254(3)a) du *Code* est suffisant pour qu'on puisse dire que les tribunaux ne doivent pas conjecturer sur la nature de ces conseils et sur la question de savoir s'ils

Ontario Court of Appeal which adopts an *ex post facto* approach to determining whether or not the defence of “no reasonable and probable grounds” was actually available to the accused on the facts. One of the purposes of s. 10(b) is to provide detainees with an opportunity to make informed choices about their legal rights and obligations. This opportunity is no less significant when breathalyser charges are involved. I am, therefore, not prepared to hold, *ipso facto*, either that breathalyser evidence in the impaired driving context does not qualify as self-incriminating evidence or, if it does, that its admission does not affect the fairness of a trial.

(ii) The Impugned Evidence

Turning to the case at bar, I am satisfied that admission of the failed breathalyser results and the appellant’s self-incriminatory statement about having had five to six beers would adversely affect the fairness of the trial, which is the first factor which must be considered under the *Collins* test. Constable Hildebrandt, the breathalyser technician, testified that the appellant simply answered “no” when asked if he wanted to contact a lawyer. The appellant, on the other hand, testified that he told the Constable that he wanted to call a lawyer, but did not know who to call because it was so late. Notwithstanding that the trial judge appears to have preferred the evidence of the Constable (and I would note that, contrary to what is suggested by the Court of Appeal below, no adverse finding of credibility against the appellant was expressly made), I find that it is speculative on the facts of this case to try and draw conclusions one way or the other as to what the appellant would have done had he been properly cautioned. In light of what I said above about the Crown’s legal burden (the burden of persuasion), the uncertainty in this case must be resolved against the respondent Crown. As a result, I must conclude that the breathalyser evidence might not have been obtained had the appellant’s s. 10(b) rights not been infringed and, there-

influeraient sur l’issue de la cause. En outre, en toute déférence, je ne puis souscrire à l’avis de la Cour d’appel de l’Ontario, qui décide de trancher, avec l’avantage du recul, la question de savoir si, d’après les faits, l’accusé pouvait effectivement faire valoir le moyen de défense de [TRADUCTION] «l’absence de motifs raisonnables et probables». L’alinéa 10b) vise notamment à fournir aux personnes détenues la possibilité de faire des choix éclairés au sujet des droits et des obligations que la loi leur reconnaît. Cette possibilité n’est pas moins importante quand des accusations relatives à l’alcoolisme sont en cause. Je ne suis donc pas disposé à conclure, par voie de conséquence, soit que la preuve fournie par l’alcoolisme dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies ne constitue pas une preuve auto-incriminante, soit, si elle en constitue une, que son utilisation ne compromet pas l’équité du procès.

(ii) Les éléments de preuve contestés

Pour revenir aux faits de l’espèce, je suis convaincu que l’utilisation des résultats de l’alcoolisme auquel l’appelant a échoué et de la déclaration auto-incriminante de ce dernier selon laquelle il avait consommé cinq ou six bières nuirait à l’équité du procès, qui est le premier facteur à prendre en considération selon le critère de l’arrêt *Collins*, précité. L’agent Hildebrandt, technicien qui a administré l’alcoolisme, a témoigné que l’appelant avait simplement répondu «non» quand il lui a demandé s’il voulait communiquer avec un avocat. L’appelant, en revanche, a témoigné qu’il avait dit à l’agent Hildebrandt qu’il voulait appeler un avocat, mais qu’il ignorait qui appeler parce qu’il était très tard. En dépit du fait que le juge du procès ait semblé préférer le témoignage de l’agent (je ferai remarquer que, contrairement à ce que la cour d’appel laisse entendre dans la décision portée en appel, aucune conclusion défavorable à l’appelant n’a été tirée expressément sur la question de la crédibilité), je conclus qu’étant donné les faits de l’espèce, c’est conjecturer que de tenter de tirer des conclusions dans un sens ou dans l’autre sur ce que l’appelant aurait fait s’il avait été mis en garde de façon appropriée. Vu mes propos quant à la charge ultime (la charge de persuasion) qui incombe au ministère public, l’incertitude en l’es-

fore, that admission would adversely impact on the fairness of the trial.

As for the second set of factors to do with the seriousness of the *Charter* breach, I would note that information about duty counsel and particularly the 1-800 number, which was actually printed on the caution card, were readily at hand. However, I am not prepared to interfere with Cavarzan J.'s conclusion that the police acted in good faith and in accordance with what they believed at the time to be proper procedure. Although this second set of factors favours the admission of the evidence in this case, this cannot cure the fact that admission would render the trial unfair. As this Court held in *Elshaw*, at p. 45, the first two factors in the *Collins* test are alternative grounds for the exclusion, not the admission, of evidence. Where the impugned evidence falls afoul of the "trial fairness" factor, admissibility cannot be saved by resorting to the "seriousness of the violation" factor.

With respect to the third element — namely, whether exclusion of the evidence would bring the administration of justice into disrepute — I would note that the appellant admitted at trial that he probably should not have been on the road on the evening in question, which is tantamount to an admission of guilt. However, notwithstanding this and the fact that drinking and driving poses a significant risk to public safety, I am of the view that exclusion of the evidence in this case is in the long-term interests of the administration of justice. Section 24(2) must work together with s. 10(b) to ensure that the privilege against self-incrimination and the principle of adjudicative fairness are respected and protected in our criminal justice system.

pèce doit être dissipée au détriment du ministère public intimé. En conséquence, je dois conclure que la preuve fournie par l'alcootest n'aurait peut-être pas été obtenue s'il n'y avait pas eu de violation des droits que l'al. 10b garantit à l'appelant et que, par conséquent, son utilisation compromettrait l'équité du procès.

Quant au deuxième groupe de facteurs concernant la gravité de la violation de la *Charte*, je ferai observer que les renseignements sur les avocats de garde et, surtout, sur le numéro 1-800 qui était imprimé en fait sur le carton de mise en garde, étaient à portée de la main. Toutefois, je ne suis pas disposé à modifier la conclusion du juge Cavarzan selon laquelle les policiers ont agi de bonne foi et conformément à ce qu'ils ont cru être à ce moment-là la bonne façon de procéder. Bien que ce deuxième groupe de facteurs milite en faveur de l'utilisation des éléments de preuve dans la présente espèce, cela ne saurait remédier à l'atteinte à l'équité du procès que représenterait leur utilisation. Comme le dit notre Cour dans l'arrêt *Elshaw*, à la p. 45, les deux premiers facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* sont des moyens facultatifs d'écarter la preuve et non de l'utiliser. Si les éléments de preuve contestés se heurtent au facteur de l'«équité du procès», l'admissibilité de ces éléments ne peut être sauvegardée par un recours au facteur de la «gravité de la violation».

Pour ce qui est du troisième élément — soit la question de savoir si l'exclusion des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — je ferai remarquer que l'appelant a reconnu au procès qu'il n'aurait probablement pas dû conduire ce soir-là, ce qui correspond à un aveu de culpabilité. Toutefois, malgré cela et malgré le fait que la conduite en état d'ébriété présente un danger important pour la sécurité publique, je suis d'avis que l'exclusion des éléments de preuve en l'espèce sert à long terme l'intérêt de l'administration de la justice. Nous devons faire en sorte que le par. 24(2) et l'al. 10b) aient pour effet combiné d'assurer, dans notre système de justice criminelle, le respect et la protection du privilège de ne pas s'incriminer et du principe de l'équité du processus décisionnel.

For the foregoing reasons, I find on balance and having regard to all the circumstances that the repute of the administration of justice favours the exclusion, not the admission, of both the breathalyser evidence and the incriminatory statement.

(h) *Conclusion*

I am satisfied that the appellant's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* was infringed and that, having regard to all the circumstances of this case, the impugned evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Accordingly, the appeal should be allowed and the conviction quashed. As this is not an appropriate case in which to order a new trial, a verdict of acquittal should be entered.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues. I agree with the reasons of the Chief Justice regarding the scope of the obligation on the part of the police to inform a person arrested or detained of existing and available duty counsel services.

I also agree with him that the evidence from the breathalyser test should be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, substantially for the reasons he gives, but with the following observations about the argument phrased in terms of the distinction between conscriptive evidence and real evidence. That distinction is not always helpful as earlier cases have demonstrated, and the law has evolved since; see *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615. The terms are not mutually exclusive; evidence may well be both. Here the evidence was undoubtedly conscriptive (though by virtue of statute) but I notice my colleague Justice L'Heureux-Dubé's able argument

Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'à tout prendre et après avoir pesé l'ensemble des circonstances, la considération dont jouit l'administration de la justice penche en faveur de l'exclusion, et non de l'utilisation, de la preuve fournie par l'alcootest et de la déclaration incriminante.

h) *Conclusion*

Je suis convaincu que le droit à l'assistance d'un avocat que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appellant a été violé et que, eu égard aux circonstances de l'espèce, les éléments de preuve contestés doivent être écartés en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité. Comme il ne convient pas en l'espèce d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, je suis d'avis d'inscrire un verdict d'acquiescement.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues. Je suis d'accord avec le Juge en chef quant à l'étendue de l'obligation que la police a d'informer une personne arrêtée ou détenue de l'existence de services d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir.

Je suis également d'accord avec lui, essentiellement pour les mêmes motifs, qu'il y a lieu d'écarter en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* la preuve obtenue par alcootest; cependant, je tiens à faire les observations qui suivent relativement à l'argument portant sur la distinction entre la preuve auto-incriminante et la preuve matérielle. Cette distinction n'est pas toujours utile comme l'ont démontré des arrêts antérieurs; en outre, les règles de droit ont évolué depuis: voir l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615. Ces expressions ne s'excluent pas mutuellement; une preuve pourrait bien être les deux à la fois. En l'espèce, la preuve est sans équivoque auto-incriminante (quoique par application de la loi), mais je prends note de l'intéressante observation de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé selon laquelle cette preuve pourrait égale-

that, absent other considerations, the argument that it is real evidence is also maintainable.

A somewhat similar situation arises in relation to fingerprints which by statute may be forcibly taken from an accused (a procedure upheld as constitutionally valid in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387). It is difficult to believe that fingerprints validly taken contemporaneously to a breach of s. 10(b) of the *Charter* would be excluded under s. 24(2). I do not think this has so much to do with the fact that it is real evidence; it also is conscriptive. Such evidence will undoubtedly continue to exist, but a more persuasive reason for admitting it is that its obtention was totally unrelated to the *Charter* breach; see *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1149, *per* Lamer J. The breach of s. 10(b) in the present case deprived the accused of the possibility of making a choice about whether or not to take the test. It is true, as the Chief Justice explains, that the range of advice available to counsel in the particular circumstances was limited, but such advice may well have changed the option exercised by the accused; it is the fact that this inability to exercise a choice was owing to the failure of the police to comply with the duty set forth by the majority of this Court in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, that I find compelling. Though I do not find the case for excluding the evidence to be by any means overwhelming, given the need to underline for the police the importance of complying with their duties in relation to the accused's right to counsel, I agree with the Chief Justice that it would better serve the repute of the administration of justice on the long term to exclude the evidence in this case.

For these reasons, I would dispose of this case in the manner proposed by the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case and the four other cases heard at the same time (*R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; and *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R.

ment, en l'absence d'autres considérations, constituer une preuve matérielle.

Il existe une situation à peu près similaire relativement à la prise des empreintes digitales qui peut être exigée d'un accusé (procédure que notre Cour a jugée constitutionnelle dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387). Il est difficile de croire que la preuve que constitue les empreintes digitales prises dans le contexte d'une violation de l'al. 10b) de la *Charte* pourrait être écartée en vertu du par. 24(2). À mon avis, cette conclusion n'est pas tant liée au fait qu'il s'agit d'une preuve matérielle; il s'agit également d'une preuve auto-incriminante. Ce genre de preuve existera toujours, mais son utilisation est plus facile à justifier si son obtention n'a eu aucun rapport avec la violation de la *Charte*; voir l'arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1149, le juge Lamer. En l'espèce, la violation de l'al. 10b) a privé l'accusé de la possibilité de faire un choix quant à l'alcootest. Certes, comme l'explique le Juge en chef, les conseils qu'un avocat pouvait donner dans les circonstances étaient limités, mais ils auraient pu changer le choix fait par l'accusé; ce qui me convainc, c'est le fait que cette absence de choix était imputable au non-respect par la police de l'obligation formulée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190. Bien que, à mon avis, les motifs pour écarter la preuve ne soient pas très convaincants, compte tenu de la nécessité de faire ressortir qu'il est important pour la police de se conformer aux obligations imposées quant au droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'exclusion des éléments de preuve en l'espèce sert à long terme l'intérêt de l'administration de la justice.

Pour ces motifs, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Cet appel et les quatre autres entendus en même temps (*R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; et *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236),

236) and in which judgment is handed down contemporaneously with this one, raise the issue of the scope of the guarantee provided for in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that is, the right of everyone on arrest or detention "to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right".

The jurisprudence of this Court is to the effect that s. 10(b) of the *Charter* requires the police to inform a person, upon arrest or detention, (the "detainee") of his or her right to consult counsel of choice and, should the detainee express the desire to consult a lawyer, to provide the detainee with a reasonable opportunity to do so and to refrain from questioning the detainee until he or she has had such a reasonable opportunity (absent urgent, dangerous and other special circumstances), the whole provided reasonable diligence is exercised by the detainee in attempting to consult counsel (*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 644 (Le Dain J.); *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1241-44 (Lamer J. (now Chief Justice)); *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, at pp. 438-39 (Lamer J.); *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537, at p. 540 (*per curiam*); *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at pp. 998-99 (Dickson C.J.); *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at pp. 10-13 (Lamer J.); *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at pp. 154-55 (Wilson J.); *R. v. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 S.C.R. 368, at pp. 384-85 (Lamer J.); *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 203, 206 (Lamer J.); *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398, at pp. 413-17 (Gonthier J.); *R. v. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 S.C.R. 714, at pp. 725-30 (McLachlin J.); *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at pp. 890-94 (McLachlin J.); *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139, at p. 151 (Lamer C.J.); and *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504, at p. 519 (Sopinka J.)). In addition, if the detainee expresses a concern about his or her ability to afford a lawyer, the police have an additional duty to inform him or her of the existence of Legal Aid and duty counsel services (*Brydges*, *supra*).

dont les jugements sont rendus simultanément, soulèvent la question de la portée de la garantie énoncée à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit le droit de toute personne, en cas d'arrestation ou de détention, «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit».

Selon la jurisprudence de notre Cour, l'al. 10b) de la *Charte* oblige les policiers qui arrêtent une personne ou qui la mettent en détention (la «personne détenue») à l'informer de son droit de consulter un avocat de son choix et, si la personne détenue exprime le désir de consulter un avocat, à lui fournir une possibilité raisonnable de le faire et à s'abstenir de l'interroger jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable (sauf en cas d'urgence, de danger ou autres circonstances particulières), le tout à la condition que la personne exerce son droit avec diligence raisonnable (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 644 (le juge Le Dain); *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1241 à 1244 (le juge Lamer (maintenant Juge en chef)); *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, aux pp. 438 et 439 (le juge Lamer); *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537, à la p. 540 (la Cour); *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, aux pp. 998 et 999 (le juge en chef Dickson); *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, aux pp. 10 à 13 (le juge Lamer); *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, aux pp. 154 et 155 (le juge Wilson); *R. c. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 R.C.S. 368, aux pp. 384 et 385 (le juge Lamer); *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, aux pp. 203 et 206 (le juge Lamer); *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398, aux pp. 413 à 417 (le juge Gonthier); *R. c. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 R.C.S. 714, aux pp. 725 à 730 (le juge McLachlin); *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, aux pp. 890 à 894 (le juge McLachlin); *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139, à la p. 151 (le juge en chef Lamer); et *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504, à la p. 519 (le juge Sopinka)). En outre, si la personne détenue s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat, les policiers sont également tenus de l'informer de l'existence des services d'aide juridique et d'avocats de garde (voir l'arrêt *Brydges*, précité).

The above, in my opinion, is an accurate description of the scope of a detainee's s. 10(b) rights under the *Charter*. Thus, I must disagree with the Chief Justice and Justice McLachlin who impose a broader informational obligation on the police under s. 10(b). Specifically, while I believe that it is desirable to inform a person under arrest or detention of the availability of 24-hour duty counsel services, I do not agree with the Chief Justice and McLachlin J. that such information is constitutionally required by s. 10(b) of the *Charter*. Accordingly, I dissent for the following reasons.

Section 10(b) of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right on arrest or detention . . . to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right . . ." (emphasis added). It inevitably follows then, that the informational right included in s. 10(b) is limited to information concerning the right to counsel covered by s. 10(b). Therefore, since s. 10(b) does not require the provinces to establish Legal Aid or duty counsel programs, it also does not require that police officers provide detainees with information concerning such programs even in the event that they exist.

In other words, s. 10(b) could only require the police to inform all detainees of existing duty counsel programs if such programs were themselves mandated by s. 10(b). However, in *Prosper*, *supra*, both the Chief Justice and I clearly recognized that there is no constitutional requirement under s. 10(b) of the *Charter* to make such services available across the country. Since no constitutional requirement to provide such services exists, there is no constitutional obligation on the police to inform a detainee of such programs in the event that they do exist, absent an expression of concern by the detainee regarding his or her ability to afford a lawyer.

Ce qui précède est, à mon avis, une description exacte de l'étendue des droits d'une personne détenue en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*. Je ne suis donc pas d'accord avec le Juge en chef ni avec le juge McLachlin, qui imposeraient aux policiers une obligation plus étendue d'information en vertu de l'al. 10b). Tout particulièrement, s'il est souhaitable, à mon avis, qu'une personne mise en état d'arrestation ou en détention soit informée de l'existence des services d'avocats de garde 24 heures par jour, je ne crois pas, contrairement au Juge en chef et au juge McLachlin, qu'il s'agisse là d'une exigence constitutionnelle requise par l'al. 10b) de la *Charte*. Par conséquent, j'inscris ma dissidence pour les motifs qui suivent.

L'alinéa 10b) de la *Charte* prévoit que «[c]ha- c un a le droit, en cas d'arrestation ou de déten- tion [. . .] d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit . . .» (je souligne). Il s'ensuit inévitablement que le droit d'être informé inclus à l'al. 10b) vise seulement e l'information relative au droit à l'assistance d'un avocat comme le mentionne cet alinéa. En consé- quence, puisque l'al. 10b) n'exige pas des pro- vinces qu'elles établissent des programmes d'aide juridique ou d'avocats de garde, il ne saurait non f plus exiger des policiers qu'ils fournissent aux per- sonnes détenues des renseignements sur ces pro- grammes même lorsqu'ils existent.

En d'autres termes, l'al. 10b) ne pourrait exiger des policiers qu'ils informent toute personne détenue de l'existence de programmes d'avocats de garde que si l'établissement même de ces programmes était prévu par cet alinéa. Toutefois, dans l'arrêt *Prosper*, précité, le Juge en chef et moi-même avons clairement reconnu que l'al. 10b) de la *Charte* n'impose pas comme obligation constitu- tionnelle d'établir des services d'avocats de garde dans tout le pays. Puisqu'il n'existe pas d'obligation constitutionnelle d'établir ces services, la police n'a pas, en vertu de la Constitution, l'obligation de renseigner une personne détenue sur ces programmes, s'il en existe, à moins que la per- sonne détenue ne s'inquiète de sa capacité d'assu- mer les frais d'un avocat.

On this basis, since the caution, information and facilitation given in this case by the police to the appellant upon his detention otherwise met the s. 10(b) requirements discussed above, the appeal should be dismissed.

To require, as the Chief Justice and McLachlin J. do, that the police be constitutionally required to inform a detainee of Legal Aid and duty counsel programs in all cases where such programs exist, is to accept the proposition that when a government, here the province of Ontario, creates or makes available a service, or any other facility for that matter, that exceeds constitutionally mandated minimum standards, a constitutional obligation can be created. This, in my view, is a clear invitation to provinces to refrain from going beyond what is strictly constitutionally required on the one hand, and, on the other, to discontinue practices which exceed constitutional minimum standards. This is a strange proposition indeed and one that simply cannot be sustained either as a matter of constitutional interpretation or jurisprudence.

This brings me to a discussion of *Brydges*, *supra*, which the Chief Justice and McLachlin J. cite in support of their proposition that authorities are constitutionally required to provide information concerning 24-hour free temporary duty counsel services to every detainee where such services exist. The *ratio decidendi* in *Brydges*, *supra*, however, goes no further than requiring police officers to inform a detainee of the existence and availability of free advice from Legal Aid and duty counsel when the detainee expresses a concern about his or her ability to afford a lawyer. Lamer J.'s (as he then was) statement in *Brydges* with respect to the need to inform a detainee in all circumstances of any existing Legal Aid or duty counsel services

À partir de ces prémisses, puisque les policiers ont par ailleurs satisfait aux exigences, examinées précédemment, que leur impose l'al. 10b), c'est-à-dire de mettre en garde et d'informer la personne mise en détention et de lui faciliter le recours à un avocat, ce pourvoi devrait être rejeté.

Exiger, comme le font le Juge en chef et le juge McLachlin que les policiers soient constitutionnellement tenus d'informer une personne détenue des programmes d'aide juridique et d'avocats de garde dans tous les cas où de tels programmes existent revient à accepter la proposition selon laquelle, lorsqu'un gouvernement, en l'occurrence celui de l'Ontario, crée ou offre un service ou, quant à cela, prend quelque disposition que ce soit qui va au delà de l'exigence constitutionnelle minimale, une obligation constitutionnelle peut être créée. C'est là, à mon sens, inviter clairement les provinces, d'une part, à s'abstenir de faire plus que ce qui est strictement exigé par la Constitution et, d'autre part, à abandonner les pratiques qui vont au delà des exigences constitutionnelles minimales. Il s'agit là d'une étrange proposition, qui ne peut tout simplement pas être étayée par les principes d'interprétation de la Constitution ni par la jurisprudence.

Ces considérations m'amènent à l'examen de l'arrêt *Brydges*, précité, que le Juge en chef et le juge McLachlin citent à l'appui de leur proposition selon laquelle les autorités sont constitutionnellement tenues d'informer toute personne détenue des services temporaires d'avocats de garde 24 heures par jour qui existent. La *ratio decidendi* de l'arrêt *Brydges*, précité, n'impose toutefois pas aux policiers d'autre obligation que celle d'informer une personne détenue de la possibilité d'obtenir des conseils gratuits de l'aide juridique et d'avocats de garde lorsque la personne détenue s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat. L'opinion du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Brydges* relativement à la nécessité d'informer une personne détenue dans toutes les circonstances des services d'aide juridique ou d'avocats de garde qui existent était purement *obiter*, comme l'indique le juge La Forest, aux motifs duquel le juge

was purely *obiter*, as La Forest J., with whom McLachlin J. and I concurred, indicated at p. 218:

I agree with Lamer J. that on the facts of this case the appeal should be allowed and the acquittal restored, but I find it unnecessary to consider the broader issues raised by my colleague in the latter part of his reasons.

Furthermore, as regards rights guaranteed by the *Charter*, the Constitution does not require a standard of perfection. As the Chief Justice stated in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142, "the Constitution does not always guarantee the 'ideal'". This passage was cited with approval in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154 (Lamer C.J., dissenting in the result); *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 53 (McLachlin J.); and *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, at p. 114 (Lamer C.J.). By way of example, this Court has held that s. 11(d) of the *Charter*, as regards judicial independence, does not guarantee the "ideal" (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 692, 698, 706 and 711-12 (Le Dain J.); and *R. v. Lippé*, *supra*, at pp. 142-43 (Lamer C.J.)). Starting with *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, onwards, it has been made clear that, while s. 7 of the *Charter* requires procedural fairness, this does not entitle an accused "to the most favourable procedures that could possibly be imagined" (at p. 362, La Forest J.). (See also: *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 412 (La Forest J.); *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 540 (La Forest J.); *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077 (Iacobucci J.); *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 454 (L'Heureux-Dubé J.); *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 492 (L'Heureux-Dubé J.); and *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 774 (La Forest J., dissenting on other grounds)). Applying the same test here, I once again find that while it may be desirable for the police to inform detainees of the availability and existence of free Legal Aid and duty counsel services, such information is not required by s. 10(b) of the *Charter*, absent an expression of concern by the detainee over his or

McLachlin et moi-même avons souscrit, à la p. 218:

Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que, d'après les faits de la présente affaire, le pourvoi doit être accueilli et le verdict d'acquiescement rétabli, mais je juge inutile d'examiner les questions plus générales soulevées par mon collègue dans la dernière partie de ses motifs.

Par ailleurs, la Constitution n'impose pas de norme de perfection relativement aux droits garantis par la *Charte*. Comme l'affirme le Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, «la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale»». Ce passage a été cité avec approbation dans les arrêts *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154 (le juge en chef Lamer, dissident quant au résultat); *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, à la p. 53 (le juge McLachlin); et *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, à la p. 114 (le juge en chef Lamer). À titre d'exemple, notre Cour a décidé que l'al. 11d) de la *Charte*, en ce qui concerne l'indépendance judiciaire, ne garantit pas la «situation idéale» (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, aux pp. 692, 698, 706, 711 et 712 (le juge Le Dain); *R. c. Lippé*, précité, aux pp. 142 et 143 (le juge en chef Lamer)). Depuis l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, il est bien clair que, si l'art. 7 de la *Charte* exige l'équité procédurale, cela ne donne pas à l'accusé le droit «de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer» (le juge La Forest, à la p. 362). (Voir aussi *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 412 (le juge La Forest); *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 540 (le juge La Forest); *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, à la p. 1077 (le juge Iacobucci); *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 454 (le juge L'Heureux-Dubé); *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 492 (le juge L'Heureux-Dubé); et *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 774 (le juge La Forest, dissident pour d'autres motifs)). Appliquant ici le même critère et, je le répète, même s'il est souhaitable que la police informe les personnes détenues de l'exis-

her ability to afford a lawyer. To make it a constitutional requirement that police officers inform detainees of the availability of a 24-hour duty counsel service where such a service exists absent the expression of such concern would be to exact a constitutional standard of perfection not mandated by s. 10(b) of the *Charter*.

This being said, even had I agreed with the Chief Justice and McLachlin J. as to the requirement under s. 10(b) of the *Charter* that police officers inform detainees of around-the-clock free duty counsel where such a service exists, as here, I would nonetheless hold that, in the case at hand, the breathalyser evidence and the appellant's statement that he had five to six beers on the night of his arrest should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Dickson C.J. commented, in *R. v. Strachan, supra* (at p. 1008), that "[n]ot every breach of the right to counsel will result in the exclusion of evidence". I accept this as a proper statement of the law. Furthermore, I agree entirely with the Court of Appeal when it says at pp. 358-59:

The facts in the appeals before us are substantially different [from those of *Brydges, supra*]. The obvious intent of the police officers in these cases was to afford the accused access to counsel: they followed a procedure specifically established for the purpose of complying with the decision of the Supreme Court of Canada in *Brydges*. If we are incorrect, and failure of the police in these cases to provide the 1-800 number and to advise the accused of the availability of 24-hour duty counsel constitutes a breach of the accused's s. 10(b) rights, then we are of the view that the facts in all of these cases fit precisely within the words of Dickson C.J.C. quoted above [*R. v. Strachan, supra*], and that exclusion rather than admission of evidence obtained in the circum-

tence des services d'aide juridique et d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir, cette information n'est pas requise par les dispositions de l'al. 10b) de la *Charte*, sauf si la personne détenue exprime une préoccupation quant à sa capacité d'assumer les frais d'un avocat. Rendre constitutionnelle l'exigence que les policiers informent toute personne détenue de la possibilité de recourir à un service d'avocats de garde 24 heures par jour lorsqu'un tel service existe, même si la personne ne manifeste pas de préoccupation à cet égard, reviendrait à imposer une norme constitutionnelle de perfection que n'exige pas l'al. 10b) de la *Charte*.

Cela étant dit, même si j'étais d'accord avec le Juge en chef et le juge McLachlin pour dire que l'al. 10b) impose aux policiers l'obligation d'informer les personnes détenues de leur droit à un service d'avocats de garde assuré 24 heures par jour quand il en existe un, comme en l'espèce, je conclurais néanmoins que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest et la déclaration de l'appelant selon laquelle il avait pris cinq ou six bières le soir où il a été arrêté ne devraient pas être écartées en application du par. 24(2) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Strachan*, précité, le juge en chef Dickson affirme (à la p. 1008) que «[c]e n'est pas toute violation du droit à l'assistance d'un avocat qui entraîne l'exclusion des éléments de preuve». J'accepte cet énoncé comme représentant l'état du droit. En outre, je suis tout à fait d'accord avec la Cour d'appel quand elle dit, aux pp. 358 et 359:

[TRADUCTION] Les faits des appels portés devant nous diffèrent considérablement [de ceux de l'arrêt *Brydges, supra*]. Dans les présentes espèces, les policiers avaient manifestement l'intention de donner aux accusés accès à un avocat: ils ont suivi la procédure spécialement établie en conformité avec l'arrêt *Brydges* de la Cour suprême du Canada. Si nous avons tort et que l'omission de la police de donner le numéro 1-800 et d'informer les accusés de la possibilité d'avoir recours à un avocat de garde 24 heures par jour constitue une violation des droits que leur garantit l'al. 10b), nous sommes d'avis que les faits de toutes ces affaires correspondent précisément au passage cité ci-dessus du juge en chef Dickson [*R. c. Strachan, supra*] et que c'est l'exclusion des élé-

stances of these cases would tend to bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

On the basis of the test set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the results of the two failed breathalyser tests and the appellant's incriminating statement should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter* since, in my view, the violation, had there been one, was not a serious one and the admission of that evidence would not bring the administration of justice into disrepute and render the trial unfair.

As regards fairness of the trial, first the results of the breathalyser tests are not self-incriminating evidence in the same sense as a confession even if they are often characterized as such. As Chipman J.A. of the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court stated in *R. v. Prosper* (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, at p. 166:

... while the breath sample is more correctly categorized as self-incriminating evidence than real evidence, it is to be distinguished from a confession which is truly a case of an accused being conscripted against himself and creating evidence which did not exist before and which he was not required to give.

The breathalyser is simply a device which records a certain state of impairment. It is designed to replace potentially less accurate observations of police officers and to facilitate the work of police officers. In addition, it reduces the costs associated with the presence of police officers in court. To say that breathalyser test results are "conscripted evidence", to use the Chief Justice's words, considerably stretches that notion, in my view. Rather, the breathalyser results are *indicia* of a physical condition which existed independently and which could in fact be observed by police officers and recorded by them. Indeed, like the knife in *R. v. Black*, *supra*, the breathalyser evidence is independent from any statement of the appellant. Police officers would have required the appellant to take the breathalyser test regardless of whether he spoke to them or to counsel as the breathalyser test is statu-

ments de preuve obtenus dans les circonstances et non leur utilisation qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. [Je souligne.]

Compte tenu du critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, les résultats des deux alcootests auxquels l'appelant a échoué et la déclaration incriminante de ce dernier ne devraient pas être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte* car, à mon avis, la violation, s'il y en avait eu une, n'était pas grave et l'utilisation de ces éléments de preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et de rendre le procès inéquitable.

Quant à l'équité du procès, premièrement, les résultats des alcootests ne sont pas vraiment des éléments de preuve auto-incriminants dans le même sens qu'un aveu, même s'ils sont souvent ainsi qualifiés. Comme l'a affirmé le juge Chipman de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *R. c. Prosper* (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, à la p. 166:

[TRADUCTION] ... bien que l'échantillon d'haleine puisse plus correctement être qualifié de preuve auto-incriminante plutôt que de preuve matérielle, il faut faire une distinction entre celui-ci et un aveu; dans ce dernier cas, l'accusé agit contre lui-même et crée un élément de preuve qui n'existait pas auparavant et qu'il n'était pas tenu de fournir.

L'alcootest est simplement un appareil qui permet de rendre compte d'un certain état d'affaiblissement des facultés. Il est conçu pour remplacer les observations faites par les policiers, qui peuvent être moins exactes, et pour faciliter leur travail. De plus, il réduit les frais qu'occasionne le témoignage des policiers en cour. Dire que les résultats des alcootests constituent une «preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même», pour reprendre l'expression du Juge en chef, élargit considérablement cette notion, à mon sens. Les résultats produits par l'alcootest sont plutôt des indices d'une condition physique préexistante, que les policiers peuvent en fait observer et dont ils peuvent prendre note. En effet, comme le couteau dans l'arrêt *Black*, précité, la preuve fournie par l'alcootest ne dépend pas d'une déclaration de l'appelant. Les policiers auraient obligé l'appelant à subir l'alcoo-

torily compellable under s. 254(3)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In these circumstances, admission of the results of the two breathalyser tests would not render the trial unfair.

Second, while, as suggested by the Chief Justice, the appellant's incriminating statement that he had five to six beers that night might not *per se* have been made but for the breach of the *Charter*, I do not believe that its admission would significantly prejudice the appellant in that it presents evidence which was otherwise and independently available through the results of the two breathalyser tests (for a similar situation, see *Smith (Norman MacPherson)*, *supra*, at pp. 731-32 (McLachlin J.)). To paraphrase the Chief Justice in *Collins*, *supra*, the statement is not "essential to substantiate the charge" (p. 286). In these circumstances, I cannot conclude that its admission would significantly prejudice the appellant. Moreover, contrary to the Chief Justice, I would not speculate as to whether the appellant would have acted any differently had there been no violation of his right to counsel and would not comment on the onus of proof under this portion of the s. 24(2) analysis.

The second set of factors to be considered according to *Collins*, *supra*, in performing a s. 24(2) analysis focus on the seriousness of the violation of the *Charter*. In my opinion this second set of factors would also militate in favour of the admission of the evidence in question. In this case, as Cavarzan J. found ((1992), 41 M.V.R. (2d) 266, at p. 274), the evidence disclosed good faith on the part of the police officers, who twice asked the appellant if he wanted to call a lawyer and who twice heard him decline the offer. Constable Pray relied on the revised wording of the s. 10(b) warning which had been provided to all officers following *Brydges*, *supra*, and believed that he was complying with his constitutional duties. Therefore, as the Chief Justice himself notes, the admission of

test, sans égard au fait qu'il leur ait parlé à eux ou à un avocat puisque l'al. 254(3a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, oblige l'appelant à se soumettre à l'alcootest. Vu ces circonstances, l'admission des résultats des deux alcootests ne rendrait pas le procès inéquitable.

Deuxièmement, bien que, comme le donne à entendre le Juge en chef, la déclaration incriminante de l'appelant selon laquelle il avait pris cinq ou six bières ce soir-là n'aurait peut-être pas été faite comme telle n'eût été la violation de la *Charte*, je ne crois pas que son admission en preuve causerait un préjudice grave à l'appelant puisqu'elle fournit des éléments de preuve qu'on aurait pu obtenir par ailleurs de façon indépendante, grâce aux résultats des deux alcootests (pour une situation analogue, voir l'arrêt *Smith (Norman MacPherson)*, précité, aux pp. 731 et 732 (le juge McLachlin)). Pour reprendre les mots du Juge en chef dans l'arrêt *Collins*, précité, la déclaration n'est pas «essentiel[le] pour justifier l'accusation» (p. 286). Dans les circonstances, je ne peux conclure que son admission causerait un préjudice grave à l'appelant. Par surcroît, contrairement au Juge en chef, je ne me perdrais pas en conjectures pour décider si l'appelant aurait agi autrement si son droit à l'assistance d'un avocat n'avait pas été violé et je ne ferais pas de commentaire sur la charge de la preuve dans le cadre de cette partie de l'analyse fondée sur le par. 24(2).

Le deuxième groupe de facteurs à prendre en considération selon l'arrêt *Collins*, précité, dans le cadre d'une analyse fondée sur le par. 24(2) porte sur la gravité de la violation de la *Charte*. À mon avis, ce deuxième groupe de facteurs milite aussi en faveur de l'admission des éléments de preuve en question. En l'espèce, comme l'a conclu le juge Cavarzan ((1992), 41 M.V.R. (2d) 266, à la p. 274), la preuve n'indique aucune mauvaise foi de la part des policiers, qui ont demandé à deux reprises à l'appelant s'il voulait communiquer avec un avocat et qui l'ont entendu deux fois refuser. L'agent Pray s'est appuyé sur le libellé révisé de la mise en garde faite en vertu de l'al. 10(b) qui avait été remise à tous les policiers par suite de l'arrêt *Brydges*, précité, et il a cru qu'il s'acquittait ainsi

the evidence is favoured by this second set of factors.

According to *R. v. Collins*, *supra*, the final group of factors to consider concern, to use the words of my colleague La Forest J. in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, “the effect of exclusion on the reputation of the administration of justice” (at pp. 74 (emphasis added) and 77-78). Cassandra Kirewskie (“Update: *R. v. Colarusso*” (1994), 4 *N.J.C.L.* 223, at p. 230), commenting on this formulation of the third branch of the *Collins* test, stated:

Perhaps the most curious part of the majority judgment [in *R. v. Colarusso*, *supra*] is its treatment of the third arm of the *Collins* test. While the test is usually expressed as a consideration of whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute and is normally considered from the perspective of the law and not of society at large, in *Colarusso* the majority reformulated the test, expressing it as an inquiry into “the effect of exclusion on the reputation of the administration of justice.” This is an important, though unexplained change.

I disagree. In *R. v. Collins*, *supra*, Lamer J. (as he then was), writing for the majority, described this third branch of the test at pp. 285-86 as follows:

The final relevant group of factors consists of those that relate to the effect of excluding the evidence. The question under s. 24(2) is whether the system’s repute will be better served by the admission or the exclusion of the evidence, and it is thus necessary to consider any disrepute that may result from the exclusion of the evidence. [Emphasis added.]

Consequently, La Forest J.’s formulation of this third branch of the *Collins* test was, in my opinion, consistent with the original formulation in *Collins*.

de ses obligations constitutionnelles. Par conséquent, comme le Juge en chef le fait remarquer lui-même, le deuxième groupe de facteurs milite en faveur de l’admission de la preuve.

Suivant l’arrêt *R. c. Collins*, précité, le dernier groupe de facteurs à examiner est «l’effet de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice» (pp. 74 (je souligne) et 77 et 78), pour employer les termes de mon collègue le juge La Forest dans l’arrêt *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20. Dans son article «Update: *R. v. Colarusso*» (1994), 4 *N.J.C.L.* 223, Cassandra Kirewskie fait les observations suivantes sur cette formulation du troisième volet du critère énoncé dans l’arrêt *Collins* (à la p. 230):

[TRADUCTION] Peut-être l’élément le plus étrange du jugement de la majorité [dans l’arrêt *R. c. Colarusso*, précité] réside-t-il dans la manière dont elle a traité du troisième volet du critère énoncé dans l’arrêt *Collins*. Alors que ce critère consiste d’ordinaire à se demander si l’admission de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice et que la question est normalement examinée dans l’optique du droit et non de la société en général, dans l’arrêt *Colarusso*, la majorité a reformulé le critère, disant qu’il consiste à étudier «l’effet de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice.» C’est une modification d’importance, quoiqu’elle n’ait pas été expliquée.

Je ne suis pas d’accord. Dans l’arrêt *R. c. Collins*, précité, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), s’exprimant au nom de la majorité, décrit de la façon suivante le troisième volet du critère, aux pp. 285 et 286:

Le dernier groupe pertinent de facteurs comprend ceux qui se rapportent à l’effet de l’exclusion de la preuve. La question qui se pose en vertu du par. 24(2) est de savoir si la considération dont jouit le système sera mieux servie par l’admission ou par l’exclusion de la preuve et il devient donc nécessaire d’examiner la déconsidération qui peut découler de l’exclusion de la preuve. [Je souligne.]

Par conséquent, la formulation que le juge La Forest a faite du troisième volet du critère énoncé dans l’arrêt *Collins* est, à mon avis, conforme à la formulation initiale de cet arrêt.

In the present case, the appellant was charged under s. 253(b) of the *Code*, i.e., having had the care and control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. He was found guilty. Offences against s. 253(b) are extremely serious offences and this has been consistently recognized by this Court. In *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 654-55, Le Dain J. adopted the following statement of Finlayson J.A. in *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.), at pp. 398-99:

En l'espèce, l'appelant a été inculpé de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code*, c'est-à-dire d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. Il a été déclaré coupable. Les infractions créées par l'al. 253b) sont très graves; notre Cour l'a invariablement reconnu. Dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 654 et 655, le juge Le Dain a fait siens les propos qui suivent du juge Finlayson dans l'arrêt *R. c. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.), aux pp. 398 et 399:

[TRADUCTION]

- | | |
|--|--|
| <p>(1) The problem of the drinking driver has been recognized by the Ministers of Justice of Canada and by experts in traffic accident research for many years.</p> | <p>(1) Les ministres fédéraux de la Justice et les experts en matière de recherche sur les accidents de la circulation ont reconnu depuis de nombreuses années l'existence du problème de l'alcool au volant.</p> |
| <p>(2) The problem of the drinking driver has not been controlled. It is very serious and must be addressed by urgent measures.</p> | <p>(2) Le problème de l'alcool au volant n'a pas été enrayé. Il est très grave et doit faire l'objet de mesures urgentes.</p> |
| <p>(3) There is a direct relationship between drinking drivers and automobile accidents.</p> | <p>(3) Il existe un lien direct entre l'alcool au volant et les accidents d'automobile.</p> |
| <p>(4) The severity of accidents increases almost in direct ratio to the quantity of alcohol consumed.</p> | <p>(4) La gravité des accidents augmente presque proportionnellement avec la quantité d'alcool consommé.</p> |
| <p>(5) The highest frequency of impairment is found late in the evening and in the early morning and the degree of impairment and the severity of accidents is again almost in direct relationship to the time of day.</p> | <p>(5) On constate la fréquence la plus élevée de conduite avec facultés affaiblies tard dans la soirée et tôt le matin, et le degré d'ébriété ainsi que la gravité des accidents sont encore une fois presque directement proportionnels au moment de la journée.</p> |
| <p>(6) The number of accidents increases dramatically at a blood level reading of 80 mg per 100 ml of blood.</p> | <p>(6) Le nombre d'accidents augmente d'une manière spectaculaire lorsque l'alcoolémie atteint 80 mg par 100 ml de sang.</p> |
| <p>(7) The number and severity of accidents is very pronounced at the so-called moderately impaired level of between 80 and 120 mg.</p> | <p>(7) Le nombre et la gravité des accidents sont très élevés au niveau d'alcoolémie dit modéré situé entre 80 et 120 mg.</p> |
| <p>(8) The detection of drivers who are impaired at the moderate level of impairment through observation by trained police officers is ineffective.</p> | <p>(8) La découverte des conducteurs aux facultés modérément affaiblies au moyen de l'observation par des policiers entraînés est inefficace.</p> |
| <p>(9) Increased penalties have not been an effective deterrent.</p> | <p>(9) L'augmentation des peines n'a pas été un moyen de dissuasion efficace.</p> |
| <p>(10) The most effective deterrent is the strong possibility of detection.</p> | <p>(10) La forte possibilité d'être découvert constitue le moyen de dissuasion le plus efficace.</p> |

(See also: *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, at pp. 635-37 (Le Dain J.)).

More recently, my colleague Cory J., in *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, underlined the "carnage" taking place on our highways (at p. 1280) and outlined the seriousness of offences relating to operating a motor vehicle while impaired (at p. 1282):

Another facet of the proper legislative goal of safety on the highways is the reduction of impaired driving. The studies on this subject have been well publicized over recent years. Once again, the evidence is overwhelming in its confirmation of the relationship between serious accidents and driving under the influence of alcohol or other drugs. In 1984 the presence of alcohol and drug use as a percentage of the total number of accidents rose from 8 percent for all accidents to 10 percent for accidents involving injuries, and even higher to 31 percent in accidents involving fatalities (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1984). This correlation became the justification for widespread campaigns aimed at educating people about impaired driving, and at organized random stop programs like R.I.D.E. in larger centres aimed at reducing the incidence of impaired driving. [Emphasis added.]

(See also the companion case released concurrently: *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291, at pp. 1296-97 (Cory J.)).

In *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, Cory J. pointed out that, at p. 622 according to *Hufsky* and *Ladouceur*, *supra*, random stops were justified pursuant to s. 1 of the *Charter* as a means of "combating the grave and pressing problem arising from the death and injuries occasioned by the dangerous operation of vehicles on our highways". He then said at p. 624:

Check stop programs result in the arbitrary detention of motorists. The programs are justified as a means aimed at reducing the terrible toll of death and injury so often occasioned by impaired drivers or by dangerous vehicles. The primary aim of the program is thus to check

(Voir aussi l'arrêt *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, aux pp. 635 à 637 (le juge Le Dain)).

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, mon collègue le juge Cory a mis l'accent sur le «carnage» sur nos routes (à la p. 1280) et souligné la gravité des infractions relatives à la conduite en état d'ébriété (à la p. 1282):

La réduction du nombre de conducteurs en état d'ébriété constitue un autre volet de l'objectif légitime de la loi concernant la sécurité sur les routes. Les études sur ce sujet ont reçu beaucoup de publicité au cours des dernières années. Encore une fois, une preuve écrasante confirme le rapport entre les accidents graves et la conduite sous l'influence de l'alcool ou d'autres drogues. En 1984, le pourcentage du nombre d'accidents dus à la consommation d'alcool ou de drogue est passé de 8 pour 100 de tous les accidents à 10 pour 100 des accidents causant des blessures et même encore plus à 31 pour 100 des accidents mortels (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1984). Cette corrélation est devenue la justification de vastes campagnes qui visent à éduquer les gens au sujet de l'alcool au volant et comportent des programmes structurés d'interpellations au hasard comme le programme R.I.D.E. dans les centres plus importants, qui ont pour objet de réduire la conduite en état d'ébriété. [Je souligne.]

(Voir également l'arrêt connexe rendu simultanément: *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291, aux pp. 1296 et 1297 (le juge Cory)).

Dans l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, le juge Cory a souligné à la p. 622 que, d'après les arrêts *Hufsky* et *Ladouceur*, précités, les interpellations au hasard étaient justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* «puisqu'elles visaient à combattre le problème grave et urgent des décès et des blessures causés par la conduite dangereuse sur nos routes». Puis, il a ajouté, à la p. 624:

Les programmes de contrôle routier entraînent la détention arbitraire d'automobilistes. Ces programmes sont justifiés dans la mesure où ils visent à réduire le nombre effroyable de décès et de blessures si souvent causés par des conducteurs dont les facultés sont affaiblies ou par des véhicules dangereux. Le programme vise donc principalement à vérifier la sobriété des conducteurs, leur

for sobriety, licences, ownership, insurance and the mechanical fitness of cars. [Emphasis added.]

In the present case, the Chief Justice himself acknowledges “the fact that drinking and driving poses a significant risk to public safety” (p. 219). In light of all the above, I am of the opinion that, in conjunction with the fairness of the trial and the nature of the *Charter* violation, the seriousness of offences against s. 253(b) of the *Code* demonstrates that it is the exclusion, rather than admission of the evidence, which would tend to bring the administration of justice into disrepute.

Accordingly, I would not exclude the breathalyser evidence and the appellant’s statement under s. 24(2) of the *Charter*, had I found that s. 10(b) was infringed, which I do not.

For these reasons, I would dismiss the appeal and uphold the conviction of the appellant.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I share the views of the Chief Justice as to the scope of the obligation of the police regarding disclosure upon arrest or detention of existing and available duty counsel services and his conclusion that the appellant’s rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been infringed.

However, in agreement with Justice L’Heureux-Dubé, I would not exclude the breathalyser evidence and the appellant’s statement under s. 24(2) of the *Charter*.

I would therefore dismiss the appeal and uphold the conviction of the appellant.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — While I agree with the analysis and disposition of this appeal by the Chief Justice, I wish to make some additional comments in

permis, leur certificat de propriété, leurs assurances et l’état mécanique de leur automobile. [Je souligne.]

En l’espèce, le Juge en chef reconnaît lui-même «que la conduite en état d’ébriété présente un danger important pour la sécurité publique» (p. 219). Vu tout ce qui précède, je suis d’avis que, compte tenu de l’équité du procès et de la nature de la violation de la *Charte*, la gravité des infractions prévues à l’al. 253b) du *Code* signifie que c’est l’exclusion, et non l’admission, des éléments de preuve qui est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

En conséquence, si j’avais conclu à la violation de l’al. 10b), ce qui n’est pas le cas, je n’écarterais pas, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue au moyen des alcootests ni la déclaration de l’appellant.

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de maintenir la déclaration de culpabilité de l’appellant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — Je souscris aux propos du Juge en chef quant à l’étendue de l’obligation qu’a la police d’informer toute personne arrêtée ou mise en détention de l’existence de services d’avocats de garde et je conclus comme lui qu’il y a eu violation des droits que l’al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l’appellant.

Cependant, à l’instar du juge L’Heureux-Dubé, je n’écarterais pas, en application du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue au moyen de l’alcootest ni la déclaration de l’appellant.

Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité de l’appellant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je suis d’accord avec l’analyse et la conclusion du Juge en chef; cependant, je tiens à ajouter quelques commentaires rela-

light of my approach to the informational component of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, as set out in my reasons in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, released concurrently with judgment in this appeal.

In *Prosper*, I state that, at a minimum, a detainee must be informed of his or her right to retain and instruct counsel immediately upon detention, and that the right to do so is conferred even on those individuals who cannot afford private counsel. This information must be provided to all detainees, regardless of the presence or absence of duty counsel systems in the jurisdiction at the time of detention. All detainees in Canada have equal rights under s. 10(b), although the means by which those rights may be exercised may not exist in all jurisdictions. Where no means exist for implementing the right to counsel under s. 10(b), a detainee is nevertheless entitled to be told of the scope of his or her rights, after which he or she can make an informed choice about exercising the right. In those jurisdictions where a duty counsel scheme has in fact been implemented, there is an additional duty to inform detainees of the existence and availability of duty counsel, including information about how to access such services.

In the present case, the appellant was arrested on June 22, 1991, at approximately 1:00 a.m., after he failed a roadside ALERT test. The caution given to the appellant, which was read from a card, consisted of the following:

You have the right to retain and instruct counsel without delay.

You have the right to telephone any lawyer that you wish.

You also have the right to free advice from a Legal Aid lawyer.

If you are charged with an offence, you may apply to the Ontario Legal Aid Plan for legal assistance.

In my view, the caution given to the appellant fell short of meeting even the two minimum

tivement au volet information de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, compte tenu de la démarche que j'ai adoptée à ce sujet dans l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, rendu simultanément.

Dans *Prosper*, j'affirme que toute personne mise en détention doit, tout au moins, être informée qu'elle a le droit de communiquer immédiatement avec un avocat et que ce droit lui est accordé même si elle ne peut pas assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. Ces renseignements doivent être fournis à toute personne détenue, qu'il y ait ou non un système d'avocats de garde dans le ressort au moment de la mise en détention. Toutes les personnes détenues au Canada ont des droits égaux en vertu de l'al. 10b); cependant, les moyens d'exercice de ces droits pourraient bien ne pas exister dans tous les ressorts. S'il n'existe aucun moyen de mettre en application le droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b), toute personne détenue a néanmoins le droit d'être informée de l'étendue de ses droits, après quoi elle peut faire un choix éclairé quant à leur exercice. Dans les ressorts où a été mis en oeuvre un système d'avocats de garde, il existe une obligation supplémentaire d'informer toute personne détenue de l'existence de ce service, y compris de la façon d'y avoir accès.

En l'espèce, l'appellant a été arrêté le 22 juin 1991, vers 1 h, après qu'il eut échoué à l'alcootest routier ALERT. Il a reçu lecture de la mise en garde suivante, qui était imprimée sur un carton:

Vous avez le droit de retenir les services d'un avocat et de le consulter sans délai.

Vous avez le droit de téléphoner à l'avocat de votre choix.

Vous avez également droit aux conseils gratuits d'un avocat de l'aide juridique.

Si une accusation est portée contre vous, vous pouvez faire une demande d'aide auprès du Régime d'aide juridique de l'Ontario.

À mon avis, la mise en garde donnée à l'appellant n'a même pas réussi à satisfaire aux deux exi-

requirements of the informational component of s. 10(b) as set out in *Prosper*. First, the caution failed to communicate to the detainee that he had a right, at the pre-charge stage, to have an opportunity to contact counsel prior to incriminating himself. Second, the caution did not convey to the detainee the scope of his right to counsel; that is, it did not adequately communicate to the appellant that his right to seek legal assistance immediately was guaranteed to him whether or not he could afford private legal counsel. Moreover, as there was in fact a 24-hour duty counsel system in place at the time of the appellant's detention, the police were further obliged to inform the appellant of the existence and availability of these services, and should have provided him with the toll-free number by which he could access counsel.

It is apparent, then, that of the three requirements of the informational component of s. 10(b) alluded to in my reasons in *Prosper* none was satisfied in this case. While I agree with the Chief Justice's conclusion that the informational component of s. 10(b) was breached in the present case, I take the view that because the two minimum requirements were not met, the breach occurred prior to the failure by the police to provide the appellant with information about existing duty counsel services. Once it has been established that the detainee was not properly informed of his or her right to counsel, I agree with the Chief Justice that the breach of s. 10(b) is complete, and issues such as waiver and due diligence do not arise for consideration.

For the reasons given by the Chief Justice, I am of the opinion that the exclusion of the impugned evidence under s. 24(2) of the *Charter* is in the best interests of the administration of justice.

In the result, I would dispose of the appeal in the same manner as *Lamer C.J.*

Appeal dismissed, L'HEUREUX DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

gences minimales du volet information de l'al. 10b), que j'ai formulées dans l'arrêt *Prosper*. Premièrement, cette mise en garde n'a pas réussi à lui communiquer qu'il avait le droit, à l'étape préliminaire à la mise en accusation, de communiquer avec un avocat avant de s'incriminer. Deuxièmement, la mise en garde n'a pas indiqué à la personne détenue l'étendue de son droit à l'assistance d'un avocat, c'est-à-dire que l'appelant n'a pas été adéquatement informé qu'il avait le droit d'obtenir immédiatement l'assistance d'un avocat, quelle que soit sa capacité d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. Qui plus est, comme il y avait un système d'avocats de garde en service 24 heures par jour à l'époque de la détention de l'appelant, la police devait aussi l'informer de l'existence et de l'accessibilité de ce service et aurait dû lui fournir le numéro sans frais lui permettant d'avoir accès à un avocat.

De toute évidence, on n'a satisfait à aucune des trois exigences du volet information de l'al. 10b), que j'ai formulées dans mes motifs de l'arrêt *Prosper*. Je souscris à la conclusion du Juge en chef qu'il y a eu en l'espèce manquement au volet information de l'al. 10b); cependant, parce que les deux exigences minimales n'ont pas été respectées, je suis d'avis que la violation s'est produite avant que la police omette d'informer l'appelant de l'existence d'un service d'avocats de garde. Une fois établi que la personne détenue n'a pas été informée comme il se doit de son droit à l'assistance d'un avocat, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que la violation de l'al. 10b) est complète et que les questions de renonciation et de diligence raisonnable ne se posent pas.

Pour les motifs donnés par le Juge en chef, je suis d'avis que l'exclusion des éléments de preuve attaqués, en application du par. 24(2) de la *Charte*, sert l'intérêt de l'administration de la justice.

En définitive, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge en chef *Lamer*.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER dissidents.

*Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst,
Toronto.*

*Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst,
Toronto.*

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

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