

Lana Louise Clarkson *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 18058.

1985: May 16; 1986: April 24.

Present: Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson,
Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to
counsel — Right waived by intoxicated person —
Accused still drunk when interrogated — Statements
made during interrogation highly inculpatory —
Whether or not violation of Charter right to counsel —
Whether or not evidence should be excluded — Canadian
Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).*

Appellant was very intoxicated when she was charged
with her husband's murder, given the customary police
warning and informed of her right to counsel. She said
there was "no point" in having counsel and underwent
police questioning while still drunk and very emotional.
The interrogation continued in spite of the efforts of an
aunt to have it postponed and to convince appellant to
stop talking until counsel was present. Appellant's state-
ments, which were highly inculpatory, were not admit-
ted at trial because of appellant's inability to understand
the consequence of making them. Given this result, the
issue of whether or not appellant's *Charter* right to
counsel had been violated did not have to be addressed.
The Court of Appeal rejected the trial judge's test of
admissibility of the appellant's inculpatory statements.
It found the proper test to be whether or not the
accused's remarks were those of an operating mind. It
found that they were, allowed the appeal from acquittal
and ordered a new trial. At issue here were (1) the
proper test of admissibility of the inculpatory statements
of an intoxicated accused; (2) the test to be applied to
determine the validity of a waiver of the *Charter* right to
counsel; and (3) the consequences of a breach of the
accused's *Charter* right to counsel.

Lana Louise Clarkson *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° du greffe: 18058.

1985: 16 mai; 1986: 24 avril.

^b Présents: Les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer,
Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à
l'assistance d'un avocat — Renonciation à ce droit par
une personne en état d'ébriété — Accusée encore ivre au
moment de l'interrogatoire — Déclarations très incriminantes
faites pendant l'interrogatoire — Y a-t-il eu
violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par
la Charte? — Y a-t-il lieu d'exclure cette preuve? —
Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b),
24(2).*

L'appelante était en état d'ébriété très avancé quand
elle a été accusée du meurtre de son mari, quand les
policiers lui ont fait la mise en garde ordinaire et quand
elle a été informée de son droit à l'assistance d'un
avocat. Elle a déclaré que l'assistance d'un avocat lui
était inutile et elle a subi un interrogatoire de la police
alors qu'elle était encore ivre et très perturbée. L'inter-
rogatoire s'est poursuivi malgré les efforts déployés par
une tante de l'appelante en vue de le faire reporter et de
convaincre l'appelante de se taire aussi longtemps qu'elle
ne serait pas en présence d'un avocat. Les déclarations
de l'appelante, qui étaient très incriminantes, ont été
rejetées au procès à cause de l'incapacité de l'appelante
d'en comprendre les conséquences. Compte tenu de ce
résultat, il n'était pas nécessaire d'aborder la question de
savoir s'il y avait eu violation du droit à l'assistance d'un
avocat que la *Charte* garantit à l'appelante. La Cour
d'appel a rejeté le critère d'admissibilité des déclarations
de l'appelante, proposé par le juge du procès. Elle a
conclu que le critère qu'il fallait appliquer consistait à se
demander si les observations de l'appelante procèdent
d'un état d'esprit conscient. Elle a conclu que oui, a
accueilli l'appel de l'acquiescement et a ordonné un nou-
veau procès. Dans le cadre du présent pourvoi, il y a lieu
de se prononcer sur (1) le critère qu'il faut appliquer
concernant l'admissibilité des déclarations incriminantes
d'un accusé en état d'ébriété, (2) le critère qu'il faut
appliquer pour établir la validité d'une renonciation au
droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*, et
(3) les conséquences de la violation du droit à l'assis-
tance d'un avocat garanti par la *Charte*.

Held: The appeal should be allowed.

Per Estey, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.: The proper test to be applied in determining the effectiveness of a waiver of the right to counsel at common law did not have to be decided in this case because the appellant's constitutional right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* had been violated.

Any voluntary waiver of the right to counsel in s. 10(b) of the *Charter*, to be valid and effective, must be premised on a true appreciation of the consequences of giving up that right. The recognized purpose of the right is to ensure that the accused is treated fairly in the criminal process. Accordingly, the court in assessing the validity of a waiver, unlike a confession, cannot be concerned only with probative value and restrict the test to the accused's mere comprehension of his words.

The appellant's waiver of the s. 10(b) right to counsel could not pass the "awareness of the consequences test". The continued questioning of appellant by the police therefore violated her s. 10(b) right. Absent any urgent reason compelling police to act immediately to gather evidence, the interrogation, at a minimum, should have been delayed until the accused was in a condition to properly exercise her s. 10(b) right or appreciate the consequences of waiving it. The admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute, and accordingly, it must be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Per McIntyre and Chouinard JJ.: The "operating mind" test and the "knowledge of consequences" test overlap. A non-operative mind would not only be unaware of its utterances but also of the consequences of those utterances. It would be for either of these reasons that those utterances would be inadmissible. If the mind operated sufficiently to make a conscious statement but could not have the knowledge of the consequences of making the statement, the evidence should as well be excluded.

The test to be applied in determining whether a statement made to a police officer or other person in authority may be rendered inadmissible because of intoxication of the accused involves two questions:

1. Was the accused aware of what she was saying?

and

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Estey, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest: Il n'est pas nécessaire de décider du critère approprié pour déterminer l'efficacité d'une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat en *common law* parce qu'il y avait eu violation du droit constitutionnel de l'appelante à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte*.

Pour être valide et produire des effets, toute renonciation volontaire au droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte* doit se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit. Le but reconnu de ce droit est d'assurer que l'accusé est traité équitablement dans les procédures criminelles. Par conséquent, la cour, en évaluant la validité d'une renonciation, ne peut pas, à la différence d'une confession, s'intéresser seulement à la valeur probante et limiter le critère à la simple compréhension par l'accusé de ce qu'il dit.

La renonciation par l'appelante au droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b) ne pouvait satisfaire au «critère de la connaissance des conséquences». La persistance de la police à interroger l'appelante a donc constitué une violation du droit que lui garantit l'al. 10b). En l'absence de quelque motif urgent obligeant les policiers à recueillir la preuve immédiatement, l'interrogatoire de l'accusée aurait dû à tout le moins être retardé jusqu'à ce qu'elle soit en mesure de bien exercer le droit que lui confère l'al. 10b), ou d'apprécier les conséquences d'une renonciation à ce droit. L'admission de cette preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et, en conséquence, elle doit être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Les juges McIntyre et Chouinard: Les critères de «l'état d'esprit conscient» et de «la connaissance des conséquences» se chevauchent. Un esprit non conscient ne se rendrait pas compte non seulement de ce qu'il dit, mais encore des conséquences de ce qu'il dit. Ce serait pour l'une ou l'autre de ces raisons que ses paroles seraient inadmissibles. Si l'esprit fonctionnait suffisamment pour faire une déclaration consciente, mais n'était pas en mesure de connaître les conséquences de cette déclaration, il faudrait là encore exclure cette preuve.

Le critère à appliquer pour décider si une déclaration faite à un policier ou à une autre personne en situation d'autorité peut être inadmissible à cause de l'état d'ébriété de l'accusé comporte deux questions:

1. La personne accusée était-elle consciente de ce qu'elle disait?

et

2. Was she aware of the consequences of making the statement on the particular occasion in question?

To be aware of the consequences in this context simply means to be capable of understanding that her statement could be used in evidence in proceedings to be taken against her. Common sense would dictate that a very high degree of intoxication would be required to render such a statement inadmissible.

Cases Cited

By Wilson J.

R. v. Therens, [1985] 1 S.C.R. 613; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, applied; *McKenna v. The Queen*, [1961] S.C.R. 660; *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Williams*, [1959] N.Z.L.R. 502; *R. v. Phillips*, [1949] N.Z.L.R. 316; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *R. v. Doyle* (1887), 12 O.R. 347; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321; *Lawrie v. Muir*, [1950] S.C. (J.C.) 19; *Adams v. United States*, 317 U.S. 269 (1942); *Minor v. United States*, 375 F.2d 170 (1967), certiorari denied 389 U.S. 882 (1967); *Von Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1948), referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1983), 9 C.C.C. (3d) 263, 50 N.B.R. 226, 131 A.P.R. 226, allowing an appeal from acquittal by Stevenson J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

C. David Hughes, Q.C., and *Sherron Hughes*, for the appellant.

Glendon J. Abbott, for the respondent.

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

WILSON J.—This case raises an issue as to the admissibility of a confession made by an accused

2. Était-elle consciente des conséquences de sa déclaration dans les circonstances particulières en question?

Être consciente des conséquences dans le présent contexte signifie simplement être capable de comprendre que sa déclaration pouvait servir de preuve dans des procédures intentées contre elle. Le bon sens indique qu'il faudrait un état d'ébriété très avancé pour qu'une telle déclaration soit inadmissible.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts appliqués: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; arrêts mentionnés: *McKenna v. The Queen*, [1961] R.C.S. 660; *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Williams*, [1959] N.Z.L.R. 502; *R. v. Phillips*, [1949] N.Z.L.R. 316; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *R. v. Doyle* (1887), 12 O.R. 347; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321; *Lawrie v. Muir*, [1950] S.C. (J.C.) 19; *Adams v. United States*, 317 U.S. 269 (1942); *Minor v. United States*, 375 F.2d 170 (1967), certiorari refusé 389 U.S. 882 (1967); *Von Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1948).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b), 24(2).

Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1983), 9 C.C.C. (3d) 263, 50 N.B.R. 226, 131 A.P.R. 226, qui a accueilli l'appel de l'acquittement prononcé par le juge Stevenson et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

C. David Hughes, c.r., et *Sherron Hughes*, pour l'appelante.

Glendon J. Abbott, pour l'intimée.

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

LE JUGE WILSON—L'espèce soulève la question de l'admissibilité d'une confession faite par un

while in an intoxicated state and without the benefit of counsel.

1. The Facts

The appellant, in an apparently intoxicated state, telephoned her sister in the early morning hours of December 8, 1982 to tell her that her (the appellant's) husband had been shot. The sister initially quoted the appellant as having said "I did it. I shot him," but upon cross-examination acknowledged that the appellant had been in a rather inarticulate state and could have said something like "Somebody shot him," or "James has been shot". In any event, several of the appellant's family members arrived at her house soon after the phone call and from there they called the police. The appellant was found crying and screaming in a hysterical condition. Her husband, James Clarkson, lay sprawled out on a living room chair with a bullet hole in his head at the right temple. A rifle, on which no fingerprints could be found, was located near the deceased's body.

The police arrived on the scene and after some initial investigation charged the appellant with murder. She was given the customary police warning and duly informed of her right to retain and instruct counsel before being driven to a Fredericton hospital accompanied by her aunt, Lorna Estey. While *en route* to the hospital the police overheard a conversation between the appellant and Mrs. Estey which, according to the police, contained admissions of guilt on the appellant's part. These conversations, along with a number of other casual remarks made by the appellant to Mrs. Estey and others and overheard by the police, were ruled inadmissible at trial. Upon arrival at the hospital the appellant was physically examined and, upon consent, provided a blood sample which showed her to have a blood alcohol level of 210 mg. per 100 ml. of blood notwithstanding that nearly four and a half hours had passed since the initial telephone call. Again, a number of comments made by the appellant during the medical examination were held inadmissible at trial.

accusé alors qu'il est en état d'ébriété et privé de l'assistance d'un avocat.

1. Les faits

L'appelante, qui paraissait en état d'ébriété, a téléphoné à sa sœur aux petites heures du matin le 8 décembre 1982 pour lui dire que son mari (le mari de l'appelante) avait été abattu. Sa sœur a commencé par dire que l'appelante lui avait affirmé [TRADUCTION] «Je l'ai fait. Je l'ai tiré», mais au cours du contre-interrogatoire elle a reconnu que l'appelante était plutôt confuse et pouvait avoir dit quelque chose comme [TRADUCTION] «Quelqu'un l'a tiré» ou «James a été tiré». De toute façon, plusieurs membres de la famille de l'appelante se sont rendus chez elle après l'appel téléphonique et ont appelé la police de cet endroit. L'appelante a été trouvée pleurant et criant et en état d'hystérie. Son mari, James Clarkson, était affaissé sur une chaise du vivoir, la tempe droite transpercée d'une balle. Une carabine, sur laquelle on n'a pu trouver d'empreintes, se trouvait près de la victime.

Les policiers sont arrivés sur les lieux et après un début d'enquête ont accusé l'appelante de meurtre. Les policiers lui ont fait la mise en garde ordinaire et l'ont informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant d'être conduite à l'hôpital de Fredericton en compagnie de sa tante, Lorna Estey. Alors qu'ils se dirigeaient vers l'hôpital, les policiers ont surpris une conversation entre l'appelante et M^{me} Estey qui, selon les policiers, comportait des aveux de culpabilité de la part de l'appelante. Ces conversations, de même qu'un certain nombre d'observations faites incidemment par l'appelante à M^{me} Estey et à d'autres personnes, et entendues par la police, ont été jugées inadmissibles au procès. À son arrivée à l'hôpital, l'appelante a subi un examen physique et a consenti à donner un échantillon de sang qui a révélé qu'elle avait un taux d'alcoolémie de 210 milligrammes par 100 millilitres de sang, même s'il s'était écoulé près de quatre heures et demie depuis le premier appel téléphonique. De même, un certain nombre d'observations faites par l'appelante pendant l'examen médical ont été jugées inadmissibles au procès.

The police proceeded to take the appellant to the police station where, in the presence of Mrs. Estey, an interrogation was conducted. Once again she was instructed of her right to counsel and apparently nodded in the affirmative when asked if she understood the question. She responded in a similar fashion when asked by the police if it was all right to use a tape recorder during the interview. At this point Mrs. Estey made the first of her interjections, asking whether it was proper for the appellant to be questioned without her lawyer being present. The police responded by pointing out that the appellant had been read those rights of which she was required to be informed and then proceeded with the interrogation. At several points during the questioning Mrs. Estey attempted to have the interrogation halted and to convince the appellant to stop answering questions until she had a lawyer present. It would seem, however, that the appellant waved off Mrs. Estey's suggestion, stating that there was "no point" and that she did not need the help of a lawyer. The police questioning continued and the overall effect of the appellant's responses was to provide the police and the Crown with a statement that was highly inculpatory.

2. The Courts Below

At trial in the Court of Queen's Bench of New Brunswick the appellant testified that she remembered nothing from the applicable time period but that she did not think that she could have shot her husband because, regardless of how drunk she may have been, she loved him too much to commit such a deed. Her statements and responses at the police interrogation were all ruled inadmissible on a *voir dire*. Stevenson J. indicated that, although the statements were voluntary in the traditional sense of not having been induced by fear of prejudice or hope of advantage, the fact that they were made while intoxicated rendered them inadmissible. In determining the effect of drunkenness on the admissibility of a confession Stevenson J. formulated the test as a single question:

Les policiers ont ensuite amené l'appelante au poste de police où on l'a interrogée en présence de M^{me} Estey. On l'a de nouveau informée de son droit à l'assistance d'un avocat et elle semble avoir fait signe que oui quand on lui a demandé si elle avait compris la question. Elle a répondu de la même façon lorsque les policiers lui ont demandé s'ils pouvaient utiliser un magnétophone pendant l'interrogatoire. À ce moment-là, M^{me} Estey est intervenue pour la première fois et a demandé s'il était régulier d'interroger l'appelante hors de la présence de son avocat. Les policiers ont répondu en soulignant que l'appelante avait été mise au courant des droits dont il fallait l'informer et ont continué l'interrogatoire. À plusieurs reprises pendant l'interrogatoire, M^{me} Estey a essayé de interrompre et de convaincre l'appelante de ne plus répondre aux questions aussi longtemps qu'elle ne serait pas en présence d'un avocat. Il semblerait toutefois que l'appelante a refusé de suivre les conseils de M^{me} Estey en disant que c'était [TRADUCTION] «inutile» et qu'elle n'avait pas besoin de l'assistance d'un avocat. L'interrogatoire des policiers s'est poursuivi et les réponses de l'appelante ont eu comme conséquence globale de fournir à la police et à la poursuite une déclaration très incriminante.

f 2. Les cours d'instance inférieure

Au procès en Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, l'appelante a témoigné qu'elle ne se rappelait rien de la période en cause, mais qu'elle ne croyait pas qu'elle pouvait avoir abattu son mari parce que, quel qu'ait pu être son état d'ébriété, elle l'aimait trop pour commettre un tel acte. Ses déclarations et les réponses qu'elle avait données pendant l'interrogatoire des policiers ont été jugées inadmissibles suite à un *voir-dire*. Le juge Stevenson a indiqué que, même si les déclarations étaient volontaires en ce sens habituel qu'elles n'avaient pas été provoquées par la crainte de subir un préjudice ou l'espoir de tirer un avantage, elles étaient inadmissibles du fait qu'elles avaient été faites en état d'ébriété. Pour établir les conséquences de l'ébriété sur l'admissibilité d'une confession, le juge Stevenson a formulé le critère sous la forme d'une simple question:

... was the accused so intoxicated that the words she uttered were not her statement in the sense that she did not comprehend her statement and was not capable of making a rational judgment as to whether she ought, under the circumstances, to answer questions the answers to which would ultimately be used at her trial on a charge of murder?

Since the appellant was found by Stevenson J. not to have appreciated the consequences of making the statements and the use to which they could be put, the test of admissibility so formulated was not met.

The trial judge went on to state that, with respect to the appellant's right to counsel, Mrs. Estey's protest against the taking of the statement by the police and her efforts to obtain counsel for the appellant would have to be seriously considered. He indicated that, if confronted squarely with such a question, a court might well conclude that the taking of a statement from an accused in the appellant's state of intoxication amounted to an infringement of her right to counsel despite her purported waiver of the right. As the statements had already been ruled inadmissible, however, it was unnecessary to address the issue any more fully. In the absence of the inculpatory statements the Crown was left with a weak and essentially circumstantial case and the appellant was acquitted by the jury.

The Crown's appeal to the New Brunswick Court of Appeal was allowed by the majority. Angers J.A. (with whom Stratton J.A. concurred) stated that it was an error of law for the trial judge to focus the test of admissibility on the appellant's appreciation of the consequences of her statements. Rather, the proper test of admissibility was to ask merely whether the utterances of the appellant were those of an "operating mind". The relevant question to be answered was: was the appellant's mind, despite her impairment from alcohol, in a sufficiently functional state to give probative value to her words? He found that it was.

[TRANSCRIPTION] ... l'accusée était-elle ivre au point que les mots qu'elle prononçait ne constituaient pas sa déclaration, en ce sens qu'elle ne comprenait pas sa déclaration et n'était pas capable de se former une opinion rationnelle quant à savoir si elle devait dans les circonstances répondre aux questions, réponses qui en fin de compte seraient utilisées à son procès relativement à une accusation de meurtre?

Puisque le juge Stevenson a conclu que l'appelante n'avait apprécié ni les conséquences de ses déclarations ni ce à quoi elles pourraient servir, le critère de l'admissibilité ainsi formulé n'était pas respecté.

Le juge du procès a poursuivi en disant que, relativement au droit de l'appelante à l'assistance d'un avocat, il faudrait prendre sérieusement en considération les protestations de M^{me} Estey contre l'interrogatoire de la police et ses tentatives d'obtenir un avocat pour l'appelante. Il a indiqué que, si la question lui était soumise directement, une cour pourrait bien conclure qu'obtenir une déclaration d'une accusée en état d'ivresse aussi avancé que celui où se trouvait l'appelante constitue une violation de son droit à l'assistance d'un avocat, même si elle a apparemment renoncé à se prévaloir de ce droit. Toutefois, puisque les déclarations avaient déjà été jugées inadmissibles, il n'était pas nécessaire d'analyser la question plus en profondeur. En l'absence de déclarations incriminantes, la poursuite ne disposait plus que d'une preuve faible et essentiellement indirecte et le jury a acquitté l'appelante.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a, à la majorité, accueilli l'appel interjeté par la poursuite. Le juge Angers (aux motifs duquel le juge Stratton a souscrit) a affirmé que le juge du procès avait commis une erreur de droit en axant le critère d'admissibilité sur l'appréciation par l'appelante des conséquences de ses déclarations. Le critère d'admissibilité qu'il fallait appliquer consistait plutôt à se demander si les paroles prononcées par l'appelante procèdent d'un «état d'esprit conscient». La question à laquelle il fallait répondre était la suivante: l'appelante était-elle, malgré son état d'ébriété, suffisamment consciente pour donner une valeur probante à ses paroles? Il a conclu par l'affirmative.

Ryan J.A., in his dissenting opinion, disagreed. He stated that the test of admissibility enunciated by Stevenson J. at trial was the correct one and that the inquiry had to go beyond the appellant's comprehension of her own words and extend to her understanding of the consequences of making the statements to the police. Accordingly, he concluded that the decision of the trial judge to exclude the confession was premised on an application of the proper legal test to the facts of the case. He would have dismissed the appeal against acquittal.

3. Admissibility of the Intoxicated Confession

The debate over the test of admissibility of (for want of a better phrase) an intoxicated confession may be succinctly stated as being between a standard in which an accused must be capable of comprehending what he or she is saying and a standard in which an accused must comprehend the consequences of saying it. Although, as Angers J.A. points out in his majority judgment, a survey of the relevant case law tends to point in the direction of the former test, the jurisprudence on the issue provides no clear answer. The pattern revealed in the cases dealing with the admissibility of the confessions of intoxicated or otherwise incapacitated persons is one of conflicting decisions with the "consequences" test being alternately rejected and adopted by the highest authorities.

The seminal case is *McKenna v. The Queen*, [1961] S.C.R. 660, in which Kerwin C.J. stated that such statements are admissible unless "the words used by an accused did not, because of his condition, amount to his statement" (p. 663). This was elaborated upon by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121, in which the admissibility of the confession of an insane person was considered. Bull J.A. indicated that the rule allowing for the admissibility of all voluntary confessions must be qualified to the extent that (p. 124):

Le juge Ryan s'est dit en désaccord avec cela dans ses motifs de dissidence. Il a affirmé que le critère d'admissibilité énoncé par le juge Stevenson au procès est le bon et qu'il faut se demander non seulement si l'appelante comprenait les mots qu'elle prononçait, mais aussi si elle comprenait les conséquences de ses déclarations à la police. En conséquence, il a conclu que la décision du juge du procès d'exclure la confession se fondait sur l'application du bon critère juridique aux faits de l'espèce. Il aurait rejeté l'appel formé contre l'acquiescement.

3. Admissibilité de la confession faite en état d'ébriété

On peut résumer le débat portant sur le critère d'admissibilité d'une confession faite en état d'ébriété comme le choix entre le critère en vertu duquel l'accusé doit pouvoir comprendre ce qu'il dit et celui en vertu duquel l'accusé doit comprendre les conséquences de ses paroles. Bien que, ainsi que le juge Angers le souligne dans les motifs qu'il a rédigés pour la majorité, une analyse de la jurisprudence applicable tend à montrer que celle-ci penche en faveur du premier critère, cette jurisprudence sur la question ne fournit pas de réponse claire sur ce point. L'image que laisse la jurisprudence relative à l'admissibilité des confessions faites par des personnes dont les facultés sont affaiblies par l'effet de l'alcool ou d'une autre substance est celle de décisions contradictoires où le critère des «conséquences» est tour à tour accepté puis rejeté par les plus hautes instances judiciaires.

Le premier arrêt de principe est *McKenna v. The Queen*, [1961] R.C.S. 660, dans lequel le juge en chef Kerwin a affirmé que ces déclarations sont admissibles à moins que [TRADUCTION] «les mots utilisés par l'accusé ne représentent pas, à cause de son état, sa déclaration» (à la p. 663). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commenté cette affirmation dans l'arrêt *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121, dans lequel on étudiait l'admissibilité de la confession d'une personne atteinte d'aliénation mentale. Le juge Bull a indiqué qu'il faut restreindre la portée de la règle qui reconnaît l'admissibilité de toutes les confessions volontaires dans la mesure suivante (à la p. 124):

... if such incapacity is shown that the accused, for example, is so devoid of rationality and understanding, or so replete with psychotic delusions, that his uttered words could not fairly be said to be his statement at all, then it should not be held admissible.

This approach was adopted by Spence J. in *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30. He stated that the statement must represent "the utterances of an operating mind" (p. 40). It was this formulation of the test which Angers J.A. employed in finding the appellant's intoxicated statement to the police admissible in this case.

These judicial pronouncements, although addressing a different issue from that of voluntariness, disclose a concern similar to that underlying the rule in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, on the admissibility of confessions in general. Thus, one explanation for the rejection of the statement of an incapacitated person is that, like the statement of a person acting involuntarily or under some compulsion, it would be so unreliable as to be unsafe to admit it: *Cross on Evidence* (5th ed., 1979), at p. 545. Indeed, the identity of the concerns underlying the general *Ibrahim* rule with those underlying the rule for intoxicated confessions has been recognized in express terms by the Supreme Court of New Zealand in *R. v. Williams*, [1959] N.Z.L.R. 502. In that case, Hardie Boys J. quoted with approval (p. 505) the following passage from the earlier judgment of Finlay J. in *R. v. Phillips*, [1949] N.Z.L.R. 316 (C.A.), at p. 356:

In broad terms, any circumstance which robs a confession of the quality described by the word "voluntary" will render the confession inadmissible. It may be deprived of that quality by a variety of circumstances. Those circumstances may well cover the whole field of motivation, and are not limited to threats or promises. They may comprehend a defect in consciousness or comprehension.

The test emerging from this line of reasoning focuses therefore on whether the accused was coherent enough to understand his or her own

[TRADUCTION] ... si cette incapacité révèle que, par exemple, l'accusé manque tellement de rationalité et de compréhension ou a tellement d'hallucinations psychotiques qu'on ne peut vraiment dire que les mots qu'il prononce sont, en quelque sorte, sa déclaration, alors il faut la tenir pour inadmissible.

Ce point de vue a été adopté par le juge Spence dans l'arrêt *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30. Il a affirmé que la déclaration doit refléter «les propos d'un esprit totalement conscient» (à la p. 40). C'est cette formulation du critère que le juge Angers a utilisée pour conclure à l'admissibilité de la déclaration faite à la police par l'appelante alors qu'elle était en état d'ébriété.

Bien qu'ils visent une autre question que celle du caractère volontaire des déclarations, ces arrêts révèlent le même souci que celui qui sous-tend la règle énoncée dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, sur l'admissibilité des confessions en général. Donc l'une des explications du rejet de la déclaration d'une personne qui ne jouit pas de toutes ses facultés est que, tout comme dans le cas de la déclaration d'une personne qui agit de façon involontaire ou sous l'influence d'une contrainte quelconque, elle est si peu fiable qu'il serait dangereux de l'admettre en preuve: *Cross on Evidence* (5th ed., 1979), à la p. 545. Dans l'arrêt *R. v. Williams*, [1959] N.Z.L.R. 502, la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande reconnaît expressément la similitude des préoccupations qui sous-tendent la règle générale de l'arrêt *Ibrahim* et de celles qui sous-tendent la règle applicable aux confessions faites en état d'ébriété. Dans cet arrêt, le juge Hardie Boys cite et approuve (à la p. 505) le passage suivant tiré des motifs du juge Finlay dans l'arrêt *R. v. Phillips*, [1949] N.Z.L.R. 316 (C.A.), à la p. 356:

[TRADUCTION] En général, toute circonstance qui dépouille une confession de la qualité décrite par le mot «volontaire» a pour effet de la rendre inadmissible. Elle peut perdre cette qualité dans diverses circonstances. Ces circonstances peuvent bien englober tout le domaine de la motivation et ne pas se limiter aux menaces ou aux promesses. Elles peuvent comprendre un manque de conscience ou de compréhension ...

Le critère qui ressort de cette forme de raisonnement est donc axé sur la question de savoir si l'accusé était suffisamment cohérent pour com-

words, but does not go beyond this since the question of comprehension is the only one that goes to the probative value of the confession. Any further consideration of the accused's state of mind at the time of the confession, such as an assessment as to whether or not he or she appreciated the consequences of making the statement, is not directed to the reliability of the statement as evidence probative of the truth. Indeed, one might say that the likelihood of truthfulness is increased where the accused is unaware that the statement will ultimately be utilized by the Crown at his or her trial.

This approach to the problem may be readily contrasted with the reasoning of Beetz J. in *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376. In that case the issue was the admissibility of a confession made by the accused while under hypnosis. Beetz J. stated at p. 425:

Horvath was in control of his faculties when Sergeant Proke cautioned him at the beginning of the interview but, under hypnosis, he ceased to be in a state of full consciousness and awareness. His awareness of what was at stake in making any statement is very much a matter of doubt.

There was little doubt in this case that the accused was capable of comprehending what he was saying under the influence of what was described as "light hypnosis" so that the broad New Zealand test of a "defect in consciousness or comprehension" did not apply. Indeed, the probative value of the statements may be viewed as having been enhanced by the fact that hypnosis made it unlikely that the accused could consciously lie. Accordingly, the concern expressed by Beetz J. in determining that the evidence was inadmissible was not that the accused did not understand his own statement but rather that he did not understand "what was at stake" in making the statement. This focus reveals a concern not so much for the probative value of the statement as for adjudicative fairness in the criminal process and for control of police conduct in interrogating accused persons.

The judicial debate over the proper test of admissibility reflects conflicting concerns preva-

prendre ses propres paroles, mais il ne va plus loin parce que la question de la compréhension est la seule qui influe sur la valeur probante de la confession. Toute autre considération de l'état d'esprit de l'accusé au moment de la confession, comme la question de savoir s'il a apprécié les conséquences de sa déclaration, n'a rien à voir avec la fiabilité de la déclaration comme preuve de la vérité. On pourrait même dire que la probabilité de véracité augmente lorsque l'accusé n'est pas conscient qu'en fin de compte la poursuite utilisera sa déclaration à son procès.

On peut comparer cette façon d'aborder le problème avec le raisonnement du juge Beetz dans l'arrêt *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376. Dans cet arrêt, il était question de la recevabilité d'une confession faite par l'accusé alors qu'il était sous hypnose. Le juge Beetz dit à la p. 425:

Horvath se dominait lorsque le sergent Proke l'a mis en garde au début de l'entretien, mais, sous hypnose, il n'était plus totalement conscient. On peut douter qu'il ait eu conscience de ce qu'impliquait une déclaration.

Il y avait peu de doute, dans cette affaire, que l'accusé était en mesure de comprendre ce qu'il disait sous l'influence de ce qu'on a décrit comme une «hypnose légère», de sorte que le critère général, énoncé en Nouvelle-Zélande, d'un «manque de conscience ou de compréhension» ne s'appliquait pas. En réalité, on peut considérer que la valeur probante des déclarations a été renforcée par le fait qu'il était improbable, en raison de l'hypnose, que l'accusé puisse mentir consciemment. En conséquence, l'inquiétude que le juge Beetz a exprimée en concluant que la preuve était inadmissible était non pas que l'accusé n'ait pas compris sa propre déclaration, mais plutôt qu'il n'ait pas compris «ce qui était en jeu» en la faisant. Cette insistance révèle un intérêt moins pour la valeur probante de la déclaration, que pour l'équité dans le processus décisionnel en matière criminelle et le contrôle des actes de la police au cours de l'interrogatoire d'accusés.

Le débat judiciaire portant sur le critère d'admissibilité qui doit être appliqué reflète les préoc-

lent elsewhere in the law of evidence. For example, the pre-*Charter* case law dealing with improperly or illegally obtained evidence discloses an inherent tension between the concern for probative evidence and the concern for adjudicative fairness as between the Crown and its agents and an accused person. The traditional common law approach tends to respond to the former concern so that "evidence is admissible so long as the fact so wrongly discovered is a fact—apart from the manner in which it was discovered—admissible against the party": *R. v. Doyle* (1887), 12 O.R. 347, at p. 353. On the other hand, Laskin J. (as he then was) pointed out in *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574, that the common law acknowledges a discretionary power on the part of trial judges to exclude evidence obtained in a way that violates a principle of adjudicative fairness or fair treatment of the accused at the hands of the police, notwithstanding the otherwise reliable nature of such evidence. Whether this discretion is applied so as to narrow the ambit in which an exclusionary rule can operate, as preferred by Martland J. in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, or is perceived as creating a broad discretion to exclude evidence in recognition of the fact that "[c]onvictions obtained by the aid of unlawful or unfair acts may be obtained at too high a price" (*per* Barwick C.J. in *R. v. Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321 (Aust. H.C.), at p. 335), the process is one of weighing two competing and frequently conflicting concerns. As Lord Cooper stated in the leading Scottish case of *Lawrie v. Muir*, [1950] S.C. (J.C.) 19, at p. 26:

From the standpoint of principle it seems to me that the law must strive to reconcile two highly important interests which are liable to come into conflict—(a) the interest of the citizen to be protected from illegal or irregular invasions of his liberties by the authorities, and (b) the interest of the State to secure that evidence bearing upon the commission of crime and necessary to enable justice to be done shall not be withheld from Courts of law on any merely formal or technical ground.

cupations contradictoires qui se manifestent ailleurs dans le droit de la preuve. Par exemple, la jurisprudence antérieure à la *Charte* relativement aux éléments de preuve obtenus de façon illégale ou irrégulière révèle un conflit naturel entre le souci d'avoir une preuve probante et celui d'assurer un processus décisionnel équitable entre l'accusé et la poursuite et ses agents. Le point de vue traditionnel en *common law* tend à favoriser le premier souci de sorte que [TRADUCTION] «la preuve est recevable aussi longtemps que le fait découvert par des moyens si répréhensibles est un fait qui—sans considérer la façon dont il a été découvert—est recevable contre la partie»: *R. v. Doyle* (1887), 12 O.R. 347, à la p. 353. D'autre part, le juge Laskin (alors juge puîné) souligne dans l'arrêt *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, que la *common law* reconnaît au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'exclure un élément de preuve obtenu d'une manière qui viole un principe d'équité dans le processus décisionnel ou dans le traitement que les policiers doivent réserver à l'accusé, même si par ailleurs cette preuve est fiable. Que ce pouvoir discrétionnaire s'applique de façon à restreindre le champ d'application d'une règle d'exclusion, comme le soumet le juge Martland dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, ou qu'il soit perçu comme créant un pouvoir discrétionnaire général d'écarter des éléments de preuve pour le motif que [TRADUCTION] «des déclarations de culpabilité obtenues grâce à des actes illégaux ou inéquitables peuvent l'avoir été à un prix trop élevé» (le juge en chef Barwick dans *R. v. Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321 (H.C. d'Aust.), à la p. 335), il s'agit de soupeser deux préoccupations opposées et souvent incompatibles. Comme l'affirme lord Cooper dans l'arrêt écossais de principe *Lawrie v. Muir*, [1950] S.C. (J.C.) 19, à la p. 26:

[TRADUCTION] En principe, il me semble que le droit doit chercher à concilier deux objectifs très importants qui sont susceptibles d'entrer en conflit: a) le désir du citoyen d'être protégé des atteintes illégales ou irrégulières à sa liberté par l'administration et b) celui de l'État de garantir que la preuve de la perpétration d'un crime qui est nécessaire pour que justice soit rendue ne soit pas écartée des tribunaux pour de simples motifs de forma-

Neither of these objects can be insisted upon to the uttermost.

It seems to me that if it is the concern over fair treatment of an accused which must prevail, then the test of awareness of the consequences as espoused by Beetz J. in *Horvath, supra*, must displace the more restrictive "operating mind" test as the appropriate standard against which to measure the admissibility of intoxicated confessions. The continued interrogation of an accused who, although not so incapacitated as to be incoherent and uncomprehending of her own words, incriminates herself without being aware that that is what she is doing, is incompatible with the view that the adjudicative process must arrive at the truth in a way which does not reflect an abuse by the police or the Crown of its dominant position *vis-à-vis* the individual. In order to avoid the problem of a person unwittingly inculcating herself in a criminal offence, the police must necessarily hold off their interrogation until their suspect has become sober enough to appreciate the consequences of making a statement.

On the other hand, if the paramount concern underlying the admissibility of evidence is perceived as being to probe the truth of the facts in issue without too much regard for the fairness of the adjudicative process, then the "operating mind" test adopted by Angers J.A. in the court below might be viewed as acceptable. As already indicated, the relevant case law has produced two conflicting lines of reasoning which reflect these two underlying concerns and it is difficult, if not impossible, to reconcile them. It is perhaps entirely appropriate then that the common law has left the task of balancing these two concerns to the discretion of the trial judge who has the unique advantage of hearing the entire body of evidence and who can consequently best assess both the probative value and the prejudice to the accused in the overall context of the case. The tension between the concern over the probative value of evidence and the concern over police conduct and fairness in obtaining the evidence may not, however, have to be resolved in this case as the issue may be effectively pre-empted by the second issue raised by the

lité ou de rigidité. On ne peut trop insister sur l'un et l'autre de ces objectifs.

Il me semble que si c'est le souci de traiter équitablement un accusé qui doit prévaloir, alors le critère de la connaissance des conséquences adopté par le juge Beetz dans l'arrêt *Horvath*, précité, doit écarter le critère plus restrictif de «l'état d'esprit conscient» à titre de norme en fonction de laquelle il faut juger l'admissibilité de confessions faites en état d'ébriété. Continuer d'interroger une accusée qui, tout en n'étant pas ivre au point d'être incohérente et de ne pas comprendre ce qu'elle dit, s'incrimine sans se rendre compte que c'est ce qu'elle est en train de faire, est incompatible avec le point de vue que le processus décisionnel doit aboutir à la découverte de la vérité d'une façon qui n'apparaît pas comme un abus par la police ou la poursuite de la position de force qu'elle occupe vis-à-vis de l'individu. Pour éviter qu'une personne ne s'incolpe involontairement d'une infraction criminelle, la police doit nécessairement retarder l'interrogatoire jusqu'à ce que son suspect soit redevenu suffisamment sobre pour apprécier les conséquences d'une déclaration.

D'autre part, si la préoccupation primordiale qui sous-tend l'admissibilité d'éléments de preuve est perçue comme étant de vérifier l'exactitude des faits en cause sans trop tenir compte de l'équité du processus décisionnel, alors on pourrait considérer comme acceptable le critère de «l'état d'esprit conscient» adopté par le juge Angers en Cour d'appel. Comme je l'ai déjà indiqué, la jurisprudence pertinente a engendré deux courants de pensée contradictoires qui traduisent ces deux soucis fondamentaux et il est difficile, voire impossible, de les concilier. Alors, il est peut-être tout à fait justifié que la *common law* ait laissé la tâche de faire le partage entre ces deux soucis à la discrétion du juge de première instance qui a l'avantage unique d'entendre l'ensemble de la preuve et qui peut le mieux en conséquence évaluer à la fois la valeur probante de la preuve et le préjudice qu'elle cause à l'accusé dans le contexte global de l'affaire. Cependant, il n'est peut-être pas nécessaire en l'espèce de résoudre le conflit entre le souci concernant la valeur probante de la preuve et celui concernant la conduite des policiers

appellant, namely the alleged violation of her constitutional right to counsel.

4. Waiver of the Right to Counsel

The question whether the appellant's right to counsel has been violated may well provide an acceptable alternative approach to the problem posed by the police extraction of an intoxicated confession. This right, as entrenched in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is clearly aimed at fostering the principles of adjudicative fairness. As Lamer J. indicated in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 624, "where a detainee is required to provide evidence which may be incriminating . . . s. 10(b) also imposes a duty not to call upon the detainee to provide that evidence without first informing him of his s. 10(b) rights and providing him with a reasonable opportunity and time to retain and instruct counsel". This constitutional provision is clearly unconcerned with the probative value of any evidence obtained by the police but rather, in the words of Le Dain J. in *Therens*, *supra*, at pp. 641-42, its aim is "to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel" where he or she is detained by the police in a situation which may give rise to a "significant legal consequence".

Given the concern for fair treatment of an accused person which underlies such constitutional civil liberties as the right to counsel in s. 10(b) of the *Charter*, it is evident that any alleged waiver of this right by an accused must be carefully considered and that the accused's awareness of the consequences of what he or she was saying is crucial. Indeed, this Court stated with respect to the waiver of statutory procedural guarantees in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, that any waiver " . . . is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safe-

et l'équité dans leur façon d'obtenir les éléments de preuve, puisque la question de l'admissibilité peut être effectivement écartée par la seconde question soulevée par l'appelante, c'est-à-dire l'allégation de violation de son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat.

4. Renonciation au droit à l'assistance d'un avocat

La question de savoir s'il y a eu violation du droit de l'appelante à l'assistance d'un avocat peut bien fournir une autre façon acceptable d'aborder le problème que pose l'extorsion par la police de la confession d'un accusé en état d'ébriété. Ce droit enchâssé à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* vise manifestement à promouvoir le principe de l'équité dans le processus décisionnel. Comme l'indique le juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 624, «lorsqu'on demande à un détenu de fournir un élément de preuve susceptible de l'incriminer . . . l'al. 10b) impose aussi l'obligation de ne pas sommer le détenu de fournir cet élément de preuve sans l'avoir préalablement informé des droits que lui garantit l'al. 10b) et lui avoir donné une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat». Cette disposition constitutionnelle ne tient manifestement pas compte de la valeur probante de la preuve obtenue par la police, mais vise plutôt, comme l'affirme le juge Le Dain aux pp. 641 et 642 de l'arrêt *Therens*, précité, «à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat» lorsqu'elle est détenue par la police dans des circonstances qui peuvent entraîner «des conséquences sérieuses sur le plan juridique».

Vu le souci de traiter équitablement une personne accusée, lequel sous-tend les libertés civiles garanties par la Constitution comme le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte*, il est évident qu'il faut examiner avec soin toute allégation de renonciation à ce droit par un accusé et que la connaissance par l'accusé des conséquences de sa déclaration est déterminante. En réalité, dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, cette Cour a dit, à l'égard de la renonciation à une garantie légale en matière de procédure, que pour qu'une renonciation soit valide, «il faut qu'il soit

guard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process" (emphasis in original).

There is also a wealth of case law in the United States to the effect that an accused may waive his constitutional right to counsel only "if he knows what he is doing and his choice is made with eyes open": *Adams v. United States*, 317 U.S. 269 (1942), at p. 279. Thus, an accused must "knowingly intelligently and with a full understanding of the implications, waive his constitutional rights to counsel": *Minor v. United States*, 375 F.2d 170 (8th Cir. 1967), at p. 179, *certiorari* denied 389 U.S. 882 (1967). Indeed, the Supreme Court of the United States has gone so far as to indicate that not only must an accused person be cognizant of the consequences of waiving the constitutional right to counsel in a general way, but he or she must be aware of the legal specificities of his or her own case such that there is a presumption against a valid waiver where the accused is not perceived at the time of the waiver to be capable of comprehending its full implications. For instance, it was stated in *Von Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1948), at p. 724:

To be valid such waiver must be made with an apprehension of the nature of the charges, the statutory offenses included within them, the range of allowable punishments thereunder, possible defenses to the charge and circumstances in mitigation thereof, and all other facts essential to a broad understanding of the whole matter.

Whether or not one goes as far as requiring an accused to be tuned in to the legal intricacies of the case before accepting as valid a waiver of the right to counsel, it is clear that the waiver of the s. 10(b) right by an intoxicated accused must pass some form of "awareness of the consequences" test. Unlike the confession itself, there is no room for an argument that the court in assessing such a waiver should only be concerned with the probative value of the evidence so as to restrict the test to the accused's mere comprehension of his or her

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 et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure" (souligné dans l'original).

Il y a également aux États-Unis une jurisprudence abondante portant qu'un accusé peut renoncer à son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat seulement [TRADUCTION] «s'il sait ce qu'il fait et fait ce choix en connaissance de cause»: *Adams v. United States*, 317 U.S. 269 (1942), à la p. 279. Ainsi un accusé peut [TRADUCTION] «en connaissance de cause, de façon consciente et en comprenant pleinement les conséquences de son geste, renoncer à son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat»: *Minor v. United States*, 375 F.2d 170 (8th Cir. 1967), à la p. 179, *certiorari* refusé 389 U.S. 882 (1967). La Cour suprême des États-Unis est même allée jusqu'à indiquer que non seulement l'accusé doit connaître de façon générale les conséquences de la renonciation à son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat, mais il doit être conscient des particularités juridiques de son cas, de sorte qu'il y a une présomption d'invalidité de la renonciation si l'accusé ne semblait pas, à l'époque où il a renoncé, pouvoir comprendre toutes les implications de celle-ci. Par exemple, on a dit dans l'arrêt *Von Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1948), à la p. 724:

[TRADUCTION] Pour être valide cette renonciation doit être faite en connaissant la nature des inculpations, les infractions qui y sont comprises, la gamme de peines possibles pour celles-ci, les moyens de défense opposables à l'inculpation et les circonstances atténuantes possibles et tous les autres faits essentiels à une compréhension générale de toute l'affaire.

Peu importe qu'on aille ou non jusqu'à exiger que l'accusé connaisse les complexités juridiques de son cas pour pouvoir reconnaître comme valide une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat, il est clair que la renonciation au droit garanti par l'al. 10(b) faite par un accusé en état d'ébriété doit satisfaire à une forme quelconque de critère de «connaissance des conséquences». À la différence de la confession elle-même, il est impossible de soutenir que la cour ne doit, en évaluant une telle renonciation, tenir compte que de la

own words. Rather, the purpose of the right, as indicated by each of the members of this Court writing in *Therens, supra*, is to ensure that the accused is treated fairly in the criminal process. While this constitutional guarantee cannot be forced upon an unwilling accused, any voluntary waiver in order to be valid and effective must be premised on a true appreciation of the consequences of giving up the right.

5. Conclusion

The trial judge found as a fact that the appellant's confession could not pass the "awareness of the consequences" test and, if such is the case, then presumably neither could the waiver of the s. 10(b) right to counsel. Accordingly, the test for a valid and effective waiver of the right was not met and the continued questioning of the appellant constituted a violation of s. 10(b) of the *Charter*. At the very minimum it was incumbent upon the police to delay their questioning and the taking of the appellant's statement until she was in a sufficiently sober state to properly exercise her right to retain and instruct counsel or to be fully aware of the consequences of waiving this right. Accordingly, regardless of the view one takes of the admissibility of the intoxicated confession *per se*, the conclusion that the appellant's confession was improperly obtained is inescapable.

Having come to the conclusion that the constitutional rights of the appellant were infringed by the police in their obtaining of her confession, it remains to be decided whether exclusion of the confession from the evidence is the appropriate remedy. Section 24(2) of the *Charter* provides:

24. ...

(2) Where, in proceedings under subsection (1), 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 circum-

valeur probante des éléments de preuve soumis de manière à limiter le critère à la simple compréhension par l'accusé de ce qu'il dit. Le but de ce droit est plutôt, comme l'ont indiqué tous les juges de cette Cour qui ont rédigé des motifs dans l'arrêt *Therens*, précité, d'assurer que l'accusé est traité équitablement dans les procédures criminelles. Bien que cette garantie constitutionnelle ne puisse être imposée à un accusé qui n'en veut pas, pour être valide et produire des effets toute renonciation volontaire doit se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit.

c 5. Conclusion

Le juge du procès a conclu que la confession de l'appelante ne pouvait satisfaire au critère de la «connaissance des conséquences» et que, le cas échéant, la renonciation au droit garanti par l'al. 10(b) à l'assistance d'un avocat ne pouvait probablement pas non plus y satisfaire. En conséquence, les conditions pour qu'une renonciation à ce droit soit valide et efficace n'ont pas été remplies et la persistance à interroger l'appelante a constitué une violation de l'al. 10(b) de la *Charte*. Il incombait à tout le moins aux policiers de retarder l'interrogatoire et la consignation de la déclaration de l'appelante jusqu'à ce qu'elle soit suffisamment sobre pour bien exercer son droit à l'assistance d'un avocat, ou encore parfaitement consciente des conséquences de la renonciation à ce droit. Donc, quel que soit le point de vue que l'on adopte quant à l'admissibilité d'une confession faite en état d'ébriété, la conclusion que la confession de l'appelante a été obtenue de façon irrégulière est inévitable.

h Ayant conclu que les policiers ont violé les droits constitutionnels de l'appelante en obtenant sa confession, il reste à décider si l'inadmissibilité en preuve de cette confession constitue le redressement approprié. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* dispose:

24. ...

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), 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

stances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

In the case at bar, the Court is confronted with a blatant violation by the police of the appellant's right under s. 10(b) of the *Charter*. The appellant's drunken assertion that there was "no point" in retaining counsel in face of a murder charge could not possibly have been taken seriously by the police as a true waiver of her constitutional right, especially when viewed in conjunction with the efforts of Mrs. Estey to convince the police to postpone their interrogation until defence counsel could be retained. This was not a situation in which the police were for some urgent reason compelled to act immediately in gathering evidence. Rather, the actions of the police in interrogating the intoxicated appellant seem clearly to have been aimed at extracting a confession which they feared they might not be able to get later when she sobered up and appreciated the need for counsel. In other words, this seems to be a clear case of deliberate exploitation by the police of the opportunity to violate the appellant's rights. In this context the words of Estey J. writing for the majority of this Court in *Therens, supra*, become highly relevant (pp. 621-22):

Here the police authority has flagrantly violated a *Charter* right without any statutory authority for so doing. Such an overt violation as occurred here must, in my view, result in the rejection of the evidence thereby obtained To do otherwise than reject this evidence on the facts and circumstances in this appeal would be to invite police officers to disregard *Charter* rights of the citizens and to do so with an assurance of impunity.

As Estey J. went on to point out, such action on the part of the police in blatantly violating the right to counsel must result in the inadmissibility of evidence thereby directly obtained, otherwise s. 10(b) would cease to have any meaningful content whatsoever. Accordingly, allowing the appellant's confession to be admitted into evidence would necessarily "bring the administration of justice

aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En l'espèce, la Cour est en présence d'une violation flagrante par la police du droit de l'appelante garanti par l'al. 10b) de la *Charte*. Les policiers ne pouvaient considérer sérieusement l'affirmation de l'appelante, en état d'ébriété, qu'il était « inutile » de retenir les services d'un avocat face à une accusation de meurtre, comme une renonciation véritable à son droit constitutionnel, compte tenu spécialement des efforts déployés par M^{me} Estey pour les convaincre de retarder leur interrogatoire jusqu'à ce que les services d'un avocat de la défense puissent être retenus. Il ne s'agit pas d'un cas où la police avait quelque motif urgent de recueillir la preuve immédiatement. L'interrogatoire de l'appelante en état d'ébriété par les policiers semble plutôt avoir eu manifestement comme but de lui extorquer une confession qu'ils craignaient ne pouvoir obtenir plus tard lorsqu'elle serait désenivrée et reconnaîtrait la nécessité de retenir les services d'un avocat. En d'autres termes, il semble que nous soyons ici en présence d'un cas où il y a nettement eu, de la part de la police, une exploitation délibérée de l'occasion d'enfreindre les droits de l'appelante. Dans ce contexte, les propos du juge Estey, dans les motifs qu'il a rédigés au nom de cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Therens*, précité, deviennent fort pertinents (aux pp. 621 et 622):

En l'espèce, les policiers ont violé de façon flagrante un droit garanti par la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire. Une violation aussi manifeste que celle qui a été commise en l'espèce doit, à mon avis, entraîner le rejet des éléments de preuve ainsi obtenus . . . Ne pas rejeter ces éléments de preuve, compte tenu des faits et des circonstances de l'espèce, reviendrait à inviter les policiers à ne pas tenir compte des droits que garantit aux citoyens la *Charte*, et à le faire en étant assuré de l'impunité.

Comme le souligne ensuite le juge Estey, l'acte que commet la police en violant d'une manière flagrante le droit à l'assistance d'un avocat doit entraîner l'inadmissibilité des éléments de preuve ainsi directement obtenus, sinon l'al. 10b) perdrait tout son sens. En conséquence, permettre que la confession de l'appelante soit admise en preuve serait nécessairement nettement susceptible de

into disrepute". Whatever the scope of the s. 24(2) test for admissibility of evidence obtained in violation of the *Charter*, the flagrant exploitation by the police of the fact that to their knowledge the appellant was in no condition to insist on her rights has to be the kind of violation that gives rise to the exclusionary remedy. The decision of the trial judge to exclude this evidence was therefore correct and the jury verdict, based as it was solely on evidence admissible at trial, must be restored.

I would accordingly allow the appeal, set aside the order of the New Brunswick Court of Appeal and restore the verdict of acquittal rendered by the jury.

The reasons of McIntyre and Chouinard JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment of my colleague, Wilson J. She has outlined the facts sufficiently and they need not be repeated. She has as well contrasted what are said to be the two tests for determining the admissibility of a statement made by an accused to persons in authority, described as the "operating mind" test and the "knowledge of consequences" test. She did not find it necessary to decide the issue thus raised but based her judgment on a *Charter* infringement.

I am in agreement with the result she has reached. I do not find it necessary to consider the *Charter* in reaching this conclusion. In my view, the two tests described above overlap. A non-operative mind would not only be unaware of its utterances but also of the consequences of those utterances. It would be for either of these reasons that those utterances would be inadmissible. Thus, if the mind operated sufficiently to make a conscious statement but could not have the knowledge of the consequences of making the statement, the evidence should as well be excluded.

«déconsidérer l'administration de la justice». Quelle que soit la portée du critère exprimé au par. 24(2) relativement à l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*, l'exploitation flagrante par les policiers du fait qu'à leur connaissance l'appelante n'était pas en état d'exiger le respect de ses droits est certainement le type de violation qui donne lieu à l'exclusion. La décision du juge du procès d'écartier cet élément de preuve était donc correcte et il y a lieu de rétablir le verdict du jury fondé sur la seule preuve recevable au procès.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et de rétablir le verdict d'acquiescement prononcé par le jury.

Version française des motifs des juges McIntyre et Chouinard rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement de ma collègue le juge Wilson. Elle y donne un exposé suffisant des faits et il n'est pas nécessaire de le reprendre. Elle a également mis en contraste ce qu'on dit être les deux critères applicables à la détermination de l'admissibilité d'une déclaration faite par un accusé à des personnes en situation d'autorité, lesquels sont décrits comme étant le critère de «l'état d'esprit conscient» et celui de «la connaissance des conséquences». Elle n'a pas estimé nécessaire de trancher la question ainsi soulevée, mais a fondé son jugement sur une violation de la *Charte*.

Je souscris au résultat auquel elle parvient. Je n'estime pas nécessaire d'examiner la *Charte* pour arriver à cette conclusion. À mon avis, les deux critères mentionnés ci-dessus se chevauchent. Un esprit non conscient ne se rendrait pas compte non seulement de ce qu'il dit, mais encore des conséquences de ce qu'il dit. Ce serait pour l'une ou l'autre de ces raisons que ses paroles seraient inadmissibles. Donc, si l'esprit fonctionnait suffisamment pour faire une déclaration consciente, mais n'était pas en mesure de connaître les conséquences de cette déclaration, il faudrait là encore exclure cette preuve.

The two tests in reality collapse into one when approached in the manner chosen by the trial judge where he said:

... was the accused so intoxicated that the words she uttered were not her statement in the sense that she did not comprehend her statement and was not capable of making a rational judgment as to whether she ought, under the circumstances, to answer questions the answers to which would ultimately be used at her trial on a charge of murder?

There is no real difference between the two tests and under either the result in this case would be the exclusion of the evidence.

The test to be applied then in determining whether a statement made to a police officer or other person in authority by an accused person may be rendered inadmissible because of intoxication of the accused involves two questions:

1. Was the accused aware of what she was saying?

and

2. Was she aware of the consequences of making the statement on the particular occasion in question?

To be aware of the consequences in this context simply means to be capable of understanding that her statement could be used in evidence in proceedings to be taken against her. There is no novelty in this approach. It is consistent with the familiar and customary warning derived from the English judges' rules which was to the effect that "you may remain silent but anything you say will be taken down in writing and may be given in evidence". This warning was designed to insure knowledge of the consequences of the statement, that is, its possible use in proceedings against the accused. It must be observed that common sense would dictate that a very high degree of intoxication would be required to render such a statement inadmissible.

The trial judge found that, because of drunkenness, the appellant lacked the knowledge of the consequence of making the statement and he excluded the statement. I would not disturb this finding, and would accordingly allow the appeal.

En réalité, les deux critères se ramènent à un seul lorsqu'on les considère comme le juge du procès l'a fait en se demandant:

[TRADUCTION] ... l'accusée était-elle ivre au point que les mots qu'elle prononçait ne constituaient pas sa déclaration, en ce sens qu'elle ne comprenait pas sa déclaration et n'était pas capable de se former une opinion rationnelle quant à savoir si elle devait dans les circonstances répondre aux questions, réponses qui en fin de compte seraient utilisées à son procès relativement à une accusation de meurtre?

Il n'y a pas vraiment de différence entre les deux critères et l'application de l'un ou l'autre en l'espèce entraînerait l'exclusion de la preuve.

Le critère à appliquer pour décider si une déclaration qu'un accusé a faite à un agent de police ou à une autre personne en situation d'autorité peut être inadmissible à cause de l'état d'ébriété de l'accusé comporte deux questions:

1. la personne accusée était-elle consciente de ce qu'elle disait?

et

2. était-elle consciente des conséquences de sa déclaration dans les circonstances particulières en question?

Être consciente des conséquences dans le présent contexte signifie simplement être capable de comprendre que sa déclaration pouvait servir de preuve dans des procédures intentées contre elle. Il n'y a rien de nouveau dans cette façon d'aborder la question. Elle est conforme à la mise en garde ordinaire bien connue tirée du droit prétorien anglais, laquelle est ainsi formulée: «vous pouvez garder le silence, mais tout ce que vous direz sera pris par écrit et pourra servir de preuve». Cette mise en garde visait à assurer la connaissance des conséquences de la déclaration, c.-à-d. son utilisation possible dans des procédures intentées contre l'accusé. Il y a lieu de souligner que le bon sens indique qu'il faudrait un état d'ébriété très avancé pour qu'une telle déclaration soit inadmissible.

Le juge du procès a conclu qu'en raison de son état d'ébriété l'appelante ne connaissait pas les conséquences de sa déclaration et il a exclu cette déclaration. Je suis d'avis de ne pas modifier cette conclusion et, en conséquence, d'accueillir le pourvoi.

I would leave open any question raised as to the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to this case. I would allow the appeal and dispose of the issue as does my colleague, Wilson J.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: C. David Hughes, Fredericton.

Solicitor for the respondent: Glendon J. Abbott, Fredericton.

Je suis d'avis de ne répondre à aucune des questions soulevées quant à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* en l'espèce. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de statuer sur la question en litige comme l'a fait ma collègue le juge Wilson.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: C. David Hughes, Fredericton.

Procureur de l'intimée: Glendon J. Abbott, Fredericton.