

Christopher Orbanski *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

David Jeff Elias *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. v. ORBANSKI; R. v. ELIAS

Neutral citation: 2005 SCC 37.

File Nos.: 29793, 29920.

2004: October 12; 2005: June 16.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Christopher Orbanski *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

David Jeff Elias *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. ORBANSKI; R. c. ELIAS

Référence neutre : 2005 CSC 37.

N^{os} du greffe : 29793, 29920.

2004 : 12 octobre; 2005 : 16 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Roadside screening measures to assess sobriety of drivers — Two accused stopped while driving vehicles and asked if they had been drinking — One of accused also asked to perform roadside sobriety tests — Whether accused detained — If so, whether police required to inform accused of right to counsel before asking if they had been drinking or before requesting sobriety tests — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b) — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Roadside screening measures to assess sobriety of drivers — Two accused stopped while driving vehicles and asked if they had been drinking — One of accused also asked to perform roadside sobriety tests — Whether screening measures constitute implied limit on right to counsel prescribed by law — If so, whether limit justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10(b) — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

Police — Powers — Scope of police authority to check sobriety of drivers at roadside — Whether police requests to drivers to perform sobriety tests or answer questions about prior alcohol consumption fall within scope of authorized police action — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254 — Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, s. 76.1(1).

Police officers stopped a vehicle driven by O after they observed it go through a stop sign without stopping and swerving on the road. E's vehicle was stopped at a random roadside stop. In both cases, the police officer who approached the vehicle could smell alcohol. Each driver was asked if he had been drinking. O was also asked to perform roadside sobriety tests, which he failed, and E failed an approved screening device test; both were arrested. The Crown conceded that both accused had been detained for the purposes of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* before being arrested and that neither of them was fully advised of his right to counsel until after he was arrested. Each of the accused provided breath samples and was charged with impaired driving and "driving over 80" under

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Mesures de détection routière en vue d'évaluer la sobriété des conducteurs — Les policiers ont demandé aux deux accusés interceptés au volant de leur véhicule s'ils avaient bu — Le policier a aussi demandé à un des accusés de se soumettre à un test de sobriété au bord de la route — Les accusés ont-ils été détenus? — Le cas échéant, les policiers devaient-ils informer les accusés de leur droit à l'assistance d'un avocat avant de leur demander s'ils avaient bu ou avant d'exiger un test de sobriété? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b) — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Restriction raisonnable prescrite par la loi — Mesures de détection routière en vue d'évaluer la sobriété des conducteurs — Les policiers ont demandé aux deux accusés interceptés au volant de leur véhicule s'ils avaient bu — Le policier a aussi demandé à un des accusés de se soumettre à un test de sobriété au bord de la route — Les mesures de détection constituent-elles, à l'égard du droit à l'assistance d'un avocat, une restriction implicite prescrite par une règle de droit? — Le cas échéant, la restriction est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10b) — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

Police — Pouvoirs — Étendue du pouvoir des policiers de vérifier la sobriété des conducteurs au bord de la route — Les demandes que font les policiers aux conducteurs de se soumettre à des tests de sobriété ou de répondre à des questions au sujet de leur consommation préalable d'alcool sont-elles des mesures policières autorisées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 254 — Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1).

Les policiers ont intercepté le véhicule que conduisait O après l'avoir vu brûler un signal d'arrêt et zigzaguer sur la route. Le véhicule de E a été intercepté au hasard. Dans les deux cas, le policier qui s'est approché du véhicule a senti une odeur d'alcool. Il a demandé au conducteur s'il avait bu. À la demande du policier, O s'est aussi soumis à un test de sobriété qu'il a échoué, et E a échoué un test au moyen d'un appareil de détection approuvé; les deux conducteurs ont été arrêtés. Le ministère public a admis que les deux accusés ont été détenus au sens de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* avant d'être arrêtés, et que tous deux n'ont été pleinement informés de leur droit à l'assistance d'un avocat qu'après leur arrestation. Les deux accusés ont fourni un échantillon d'haleine et ont été accusés de

ss. 253(a) and 253(b) of the *Criminal Code*. The trial judges held that O's and E's rights to counsel under s. 10(b) were infringed while they were detained and that the limits on s. 10(b) arising from the police conduct were not prescribed by law within the meaning of s. 1 of the *Charter*. As a result, the infringement of s. 10(b) was unjustified. In both cases, the evidence was excluded under s. 24(2) of the *Charter*, and the accused were acquitted. In O's case, the Court of Appeal set aside the acquittals and ordered a new trial; in E's case, it upheld the summary conviction appeal court's decision setting aside E's acquittal on the "driving over 80" charge and ordering a new trial. The Court of Appeal in each case held that s. 10(b) of the *Charter* had been breached and that the limit on the right to counsel was not prescribed by law, but that the evidence should be admitted under s. 24(2).

Held (LeBel and Fish JJ. dissenting in E's case): O's appeal should be dismissed. The Crown's appeal in E's case should be allowed. The orders for new trials should be upheld.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella and Charron JJ.: The right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* was triggered when O and E were detained before their arrests. However, the right to counsel is not absolute. It is subject to reasonable limits that are prescribed by law and are demonstrably justified in a free and democratic society. [31-33]

At the relevant time, there was no express limit on the right to counsel in the Manitoba *Highway Traffic Act*. The prescribed limit arose in these cases by necessary implication from the operating requirements of the governing provincial and federal legislative provisions. In the circumstances of these cases, the police officers were acting in the lawful execution of their duty when they stopped O and E and checked their sobriety. The authority of police officers to check the sobriety of drivers arises in relation to the powers that are necessarily implicit in the general statutory vehicle stop provision found in s. 76.1 of the Manitoba *Highway Traffic Act* and in their duty to enforce s. 254 of the *Criminal Code*. Screening drivers necessarily requires interaction with motorists at the roadside. The scope of justifiable police conduct will not always be defined by express words found in a statute but will sometimes depend on the

conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 » en vertu des al. 253a) et 253b) du *Code criminel*. Les juges du procès ont conclu que les droits de O et E à l'assistance d'un avocat garantis à l'al. 10b) avaient été violés alors qu'ils étaient détenus et que cette restriction de leurs droits imposée par la conduite des policiers n'était pas prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. En conséquence, la violation de l'al. 10b) était injustifiée. Dans les deux cas, la preuve a été exclue aux termes du par. 24(2) de la *Charte*, et les accusés ont été acquittés. Dans le cas de O, la Cour d'appel a annulé les acquittements et ordonné un nouveau procès; dans le cas de E, elle a maintenu la décision de la cour d'appel des poursuites sommaires annulant l'acquittement relatif à l'accusation de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 » et ordonnant un nouveau procès. Dans chaque cas, la Cour d'appel a conclu que l'al. 10b) de la *Charte* avait été violé et que la restriction du droit à l'assistance d'un avocat n'était pas prescrite par une règle de droit, mais que la preuve devait être admise aux termes du par. 24(2).

Arrêt (les juges LeBel et Fish sont dissidents dans le cas de E) : Le pourvoi de O est rejeté. Le pourvoi du ministère public dans le cas de E est accueilli. Les ordonnances de nouveaux procès sont maintenues.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella et Charron : Le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) de la *Charte* s'appliquait alors que O et E étaient détenus avant leur arrestation. Cependant, le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas absolu. Il peut être restreint par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. [31-33]

Au moment où les faits sont survenus, le *Code de la route* du Manitoba ne restreignait pas expressément le droit à l'assistance d'un avocat. Dans ces deux affaires, la restriction prescrite découlait, par implication nécessaire, des conditions d'application des dispositions législatives fédérales et provinciales applicables. Dans les circonstances de ces affaires, les policiers agissaient dans l'exercice légitime de leurs fonctions lorsqu'ils ont interpellé O et E et qu'ils ont vérifié leur sobriété. Le pouvoir des policiers de vérifier la sobriété des conducteurs résulte des pouvoirs qui sont nécessairement implicites dans la disposition législative générale en matière d'arrêt de véhicules que l'on trouve à l'art. 76.1 du *Code de la route* du Manitoba et qui sont implicites à leur devoir d'appliquer l'art. 254 du *Code criminel*. La détection des conducteurs en état d'ébriété exige nécessairement une interaction avec les

purpose of the police power in question and the particular circumstances in which it is exercised. It is therefore inevitable that common law principles will be invoked to determine the scope of permissible police action. Here, the roadside screening measures used to assess the sobriety of O and E — the request to perform sobriety tests and the question about prior alcohol consumption — were reasonable and necessary for the police officers to fulfill their duty. These measures fell within the scope of authorized police actions and were incompatible with the exercise of the right to counsel. [35-45] [49-53]

The limit on s. 10(b) is justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of reducing the carnage caused by impaired driving constitutes a compelling state objective; the use of reasonable screening methods is rationally connected to the objective; the infringement of the right to counsel was no more than necessary to meet the objective; and, in light of the limited use that can be made of the compelled evidence collected during the screening process, there was proportionality between the deleterious and the salutary effects of the screening measures. [55-60]

Per LeBel and Fish JJ. (dissenting in E's case): In both appeals, it is necessary to determine whether there was a limit prescribed by law on the right to counsel. The relevant Manitoba statute does not expressly limit the right under s. 10(b) of the *Charter*, and the argument that a limit impliedly flows from the operational requirements of the relevant federal and provincial legislation is a utilitarian one. There is no doubt that drunk driving is an evil and a serious danger, but it is not appropriate to adopt a strained legal interpretation to sidestep inconvenient *Charter* rights for the greater good. The operational requirements of a statute cannot stand apart from the statute as a distinct source of powers and obligations. Here, the power to request a sobriety test or to put questions to the driver regarding his or her consumption is found nowhere in the statutes, not even implicitly or by giving them a broad interpretation. The adoption of a rule enabling the courts to limit *Charter* rights through the development of common law police powers on the basis of the needs of police investigations would pre-empt a serious review of limits on *Charter* rights. A more prudent approach than the creation of common law powers through judicial intervention would appear to be advisable. The highly regulated environment and interlocking federal and

automobilistes au bord de la route. La portée de la conduite justifiable des policiers ne sera pas toujours définie par des termes explicitement prévus dans la loi mais dépendra parfois de l'objet du pouvoir policier en question et des circonstances particulières de son exercice. Il faudra donc inévitablement invoquer les principes de la common law pour déterminer la portée des mesures policières permises. En l'espèce, les mesures de détection prises pour déterminer la sobriété de O et E — la demande de se soumettre aux tests de sobriété et les questions au sujet de la consommation préalable d'alcool — étaient raisonnables et nécessaires pour permettre aux policiers d'accomplir leur devoir. Ces mesures relevaient de celles que les policiers avaient le pouvoir de prendre et étaient incompatibles avec l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat. [35-45] [49-53]

La restriction des droits garantis à l'al. 10b) est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. L'objectif de réduire le carnage attribuable à l'alcool au volant constitue pour le gouvernement un objectif impérieux; le recours à des mesures de détection raisonnables est rationnellement lié à l'objectif; l'atteinte au droit à l'assistance d'un avocat ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif; et compte tenu des fins limitées auxquelles peut servir l'élément de preuve auto-incriminant recueilli au cours du processus de détection, il y avait proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets salutaires des mesures de détection prises. [55-60]

Les juges LeBel et Fish (dissidents dans le cas de E) : Dans les deux pourvois, il faut déterminer si le droit à l'assistance d'un avocat était restreint par une règle de droit. La loi du Manitoba en cause ne restreint pas expressément le droit garanti à l'al. 10b) de la *Charte*, et l'argument voulant qu'une telle restriction découle implicitement des conditions d'application des dispositions législatives provinciales et fédérales devient un argument utilitaire. Il ne fait aucun doute que la conduite en état d'ébriété constitue un fléau et un grave danger, mais il ne convient pas d'adopter une interprétation juridique forcée pour esquiver, au nom d'un bien supérieur, des droits encombrants prévus par la *Charte*. Les conditions d'application d'une loi ne peuvent rester extérieures à celle-ci et former une source distincte de pouvoirs et d'obligations. En l'espèce, le pouvoir de demander à un conducteur de se soumettre à un test de sobriété ou de l'interroger sur sa consommation d'alcool ne figure nulle part dans les textes législatifs, même implicitement ou selon une interprétation large. L'adoption d'une règle permettant aux tribunaux de restreindre des droits énoncés à la *Charte* par l'élaboration de pouvoirs policiers en common law en fonction des besoins des enquêtes policières empêcherait l'examen sérieux des restrictions aux droits garantis par la *Charte*. Il semblerait judicieux

provincial schemes call for a legislative solution. [69-70] [78-83]

Although in both cases the conduct of the police unjustifiably infringed s. 10(b), the evidence against O should have been admitted under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) is not a pure exclusionary rule when conscriptive evidence is involved. Courts must closely review the circumstances and nature of the infringement, as not every *Charter* breach requires the exclusion of evidence. In O's case, the breach did not go to the fairness of the trial. It was a minor infringement, and excluding the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The finding that s. 10(b) was infringed has no effect in E's case because he had been refused leave to cross-appeal on the s. 24(2) issue. [98] [101-104]

Cases Cited

By Charron J.

Referred to: *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532; *R. v. Smith* (1996), 105 C.C.C. (3d) 58; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiii; *R. v. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288; *R. v. Ellerman*, [2000] 6 W.W.R. 704; *R. v. Roy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 243; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

By LeBel J. (dissenting in *Elias*)

R. v. Bartle, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. v. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R. v. Tremblay* (1995), 105 C.C.C. (3d) 91; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Fliss*, [2002] 1 S.C.R. 535, 2002 SCC 16; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

d'adopter une approche plus prudente que la création de pouvoirs de common law par l'intervention judiciaire. Le contexte de réglementation très poussée ainsi que les régimes fédéraux et provinciaux fondés sur l'interrelation exigent une solution législative. [69-70] [78-83]

Même si, dans les deux cas, les policiers ont, par leur conduite, violé de façon injustifiable l'al. 10b), la preuve contre O aurait dû être admise aux termes du par. 24(2) de la *Charte*. Le paragraphe 24(2) n'est pas une règle d'exclusion pure et simple lorsqu'une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même est en cause. Les tribunaux doivent examiner attentivement les circonstances et la nature de la violation puisque toute violation de la *Charte* n'exige pas l'exclusion de la preuve. Dans le cas de O, la violation n'a pas nui à l'équité du procès. Il s'agissait d'une atteinte mineure à un droit, et l'exclusion de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La conclusion qu'il y a eu violation de l'al. 10b) est sans effet dans le cas de E parce que l'autorisation d'interjeter un appel incident quant à la question du par. 24(2) lui a été refusée. [98] [101-104]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts mentionnés : *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532; *R. c. Smith* (1996), 105 C.C.C. (3d) 58; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xiii; *R. c. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288; *R. c. Ellerman*, [2000] 6 W.W.R. 704; *R. c. Roy* (1997), 28 M.V.R. (3d) 313; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

Citée par le juge LeBel (dissident dans *Elias*)

R. c. Bartle, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. c. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *R. c. Tremblay* (1995), 21 M.V.R. (3d) 201; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. c. Fliss*, [2002] 1 R.C.S. 535, 2002 CSC 16; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 10, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254.
Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, s. 636.1.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 48(1).
Highway Traffic Act, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, ss. 76.1(1) [previously s. 76.1], (6), 263.1(1), 263.2, 265(1), (2).
Highway Traffic Amendment Act (Police Powers Respecting Unsafe Drivers and Miscellaneous Amendments), S.M. 2004, c. 11.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Philp, Kroft and Freedman JJ.A.) in *R. v. Orbanski*, [2003] 9 W.W.R. 591, 173 Man. R. (2d) 132, 293 W.A.C. 132, 173 C.C.C. (3d) 203, 11 C.R. (6th) 268, 105 C.R.R. (2d) 61, 37 M.V.R. (4th) 69, [2003] M.J. No. 99 (QL), 2003 MBCA 43, setting aside the accused's acquittal ordered by Guy Prov. Ct. J., [2001] 9 W.W.R. 178, 85 C.R.R. (2d) 254, 13 M.V.R. (4th) 73, [2001] M.J. No. 171 (QL), and ordering a new trial. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Philp, Kroft and Freedman JJ.A.) in *R. v. Elias* (2003), 226 D.L.R. (4th) 630, [2004] 6 W.W.R. 601, 177 Man. R. (2d) 13, 304 W.A.C. 13, 174 C.C.C. (3d) 512, 40 M.V.R. (4th) 1, 107 C.R.R. (2d) 189, [2003] M.J. No. 192 (QL), 2003 MBCA 72, affirming a decision of Schwartz J., [2002] 7 W.W.R. 316, 164 Man. R. (2d) 249, 24 M.V.R. (4th) 225, [2002] M.J. No. 184 (QL), 2002 MBQB 139, setting aside the accused's acquittal ordered by Kopstein Prov. Ct. J., [2002] 1 W.W.R. 85, 87 C.R.R. (2d) 106, 13 M.V.R. (4th) 232, [2001] M.J. No. 106 (QL), and ordering a new trial. Appeal allowed, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Sheldon E. Pinx, Q.C., and *Sarah A. Inness*, for the appellant in *Orbanski*.

Eugene B. Szach and *Cynthia Devine*, for the respondent in *Orbanski*/appellant in *Elias*.

Jason P. Miller, for the respondent in *Elias*.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 254.
Code de la route, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, art. 76.1(1) [auparavant art. 76.1], (6), 263.1(1), 263.2, 265(1), (2).
Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 48(1).
Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 636.1.
Loi modifiant le Code de la route (pouvoirs de la police concernant les conducteurs dangereux et modifications diverses), L.M. 2004, ch. 11.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Philp, Kroft et Freedman) dans *R. c. Orbanski*, [2003] 9 W.W.R. 591, 173 Man. R. (2d) 132, 293 W.A.C. 132, 173 C.C.C. (3d) 203, 11 C.R. (6th) 268, 105 C.R.R. (2d) 61, 37 M.V.R. (4th) 69, [2003] M.J. No. 99 (QL), 2003 MBCA 43, annulant l'acquittement de l'accusé prononcé par le juge Guy, [2001] 9 W.W.R. 178, 85 C.R.R. (2d) 254, 13 M.V.R. (4th) 73, [2001] M.J. No. 171 (QL), et ordonnant la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Philp, Kroft et Freedman) dans *R. c. Elias* (2003), 226 D.L.R. (4th) 630, [2004] 6 W.W.R. 601, 177 Man. R. (2d) 13, 304 W.A.C. 13, 174 C.C.C. (3d) 512, 40 M.V.R. (4th) 1, 107 C.R.R. (2d) 189, [2003] M.J. No. 192 (QL), 2003 MBCA 72, qui a confirmé une décision du juge Schwartz, [2002] 7 W.W.R. 316, 164 Man. R. (2d) 249, 24 M.V.R. (4th) 225, [2002] M.J. No. 184 (QL), 2002 MBQB 139, annulant l'acquittement de l'accusé prononcé par le juge Kopstein, [2002] 1 W.W.R. 85, 87 C.R.R. (2d) 106, 13 M.V.R. (4th) 232, [2001] M.J. No. 106 (QL), et ordonnant la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Fish sont dissidents.

Sheldon E. Pinx, c.r., et *Sarah A. Inness*, pour l'appelant dans *Orbanski*.

Eugene B. Szach et *Cynthia Devine*, pour l'intimée dans *Orbanski*/appelante dans *Elias*.

Jason P. Miller, pour l'intimé dans *Elias*.

Robert W. Hubbard and Valerie Hartney, for the intervener the Attorney General of Canada.

Philip Perlmutter and Joan Barrett, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jacques Blais and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Roger F. Cutler, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Thomson Irvine and Alan Jacobson, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Jim Bowron, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Gary T. Trotter and Don Stuart, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella and Charron JJ. was delivered by

CHARRON J. —

I. Introduction

These appeals again raise issues resulting from the tension between the individual rights of motorists and the broader societal concern in dealing with the carnage caused by those who commit offences involving drinking and driving. The question is whether police officers were authorized to ask the drivers about their prior alcohol consumption and, in one of the appeals, to request the performance of sobriety tests at the roadside without first informing the driver of his right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. While this Court has upheld the constitutionality of random roadside stops at common law and the administration of roadside screening device tests taken pursuant to s. 254(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as reasonable limits on the right to counsel, the law remains uncertain on

Robert W. Hubbard et Valerie Hartney, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Philip Perlmutter et Joan Barrett, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Blais et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Roger F. Cutler, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Thomson Irvine et Alan Jacobson, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Jim Bowron, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Gary T. Trotter et Don Stuart, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella et Charron rendu par

LA JUGE CHARRON —

I. Introduction

Ces pourvois soulèvent une fois de plus des questions découlant de la tension entre les droits individuels des automobilistes et la préoccupation plus large qu'a la société de freiner le carnage attribuable aux auteurs d'infractions de conduite en état d'ébriété. Il s'agit de savoir si des agents de police étaient habilités à interroger les conducteurs relativement à leur consommation préalable d'alcool et, dans l'un des pourvois, à exiger du conducteur qu'il se soumette à des tests de sobriété sur place sans d'abord l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien que notre Cour ait confirmé la constitutionnalité de l'interception de véhicules au hasard en common law et de l'administration de tests routiers au moyen d'un appareil de détection en vertu du par. 254(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui

the constitutionality of other roadside screening measures used to assess the sobriety of drivers.

2

In each case under appeal, the Crown conceded that the driver was detained from the moment a police officer directed him to pull over. Hence the s. 10(b) *Charter* right to retain and instruct counsel and to be informed of that right was triggered. The critical issue is whether police actions in asking questions to Elias and Orbanski about their earlier alcohol consumption and in requesting that Orbanski perform physical sobriety tests without first complying with s. 10(b) were justified limits on each individual's right to counsel under s. 1 of the *Charter*.

3

It is my view that these screening measures, used in each case for assessing the sobriety of the driver, were authorized by law and incompatible with the exercise of the right to counsel by the detained motorist at the roadside. The resulting limitations on the s. 10(b) right to counsel were reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. Specifically, the limits arose by necessary implication from the legislative provisions found in the Manitoba *Highway Traffic Act*, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, and their operating requirements. Affirming the validity of such screening measures for the limited purpose of assessing the sobriety of the driver at the roadside properly balances the strong public interest in combatting the social evil of drinking and driving with the need to protect the *Charter* rights of individuals.

4

Consequently, I would dismiss Orbanski's appeal and allow the Crown appeal in Elias's case. In both cases, I would confirm the order for new trials.

constituent des restrictions raisonnables au droit à l'assistance d'un avocat, la constitutionnalité d'autres mesures de détection prises pour déterminer la sobriété des conducteurs demeure encore incertaine.

Dans les deux affaires faisant l'objet du présent pourvoi, le ministère public a admis que le conducteur a été détenu du moment où le policier lui a ordonné de s'arrêter. Dès lors, le droit du conducteur d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit, prévu à l'al. 10b) de la *Charte*, est entré en jeu. La question fondamentale est de savoir si les mesures prises par les policiers, qui ont interrogé MM. Elias et Orbanski relativement à leur consommation préalable d'alcool et qui, sans se conformer d'abord à l'al. 10b), ont ordonné à M. Orbanski de se soumettre à des tests de sobriété physique, constituent à l'égard du droit de chacun à l'assistance d'un avocat une restriction justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

Je suis d'avis que ces mesures de détection, prises dans les deux cas pour vérifier la sobriété du conducteur, étaient autorisées par la loi et incompatibles avec l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat par l'automobiliste détenu au bord de la route. Les restrictions de ce droit garanti par l'al. 10b) dans ces cas étaient raisonnables et leur justification pouvait se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*. Plus précisément, ces restrictions découlaient implicitement des dispositions du *Code de la route* du Manitoba, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, et des conditions d'application de ces dispositions. L'affirmation de la validité de ces mesures de détection prises dans le but précis de vérifier la sobriété des conducteurs en bordure de la route assure un juste équilibre entre l'intérêt considérable du public à lutter contre le fléau social qu'est l'alcool au volant et la nécessité de protéger les droits que la *Charte* garantit à chacun.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi formé par M. Orbanski et d'accueillir le pourvoi formé par le ministère public dans le cas de M. Elias. Dans les deux cas, je suis d'avis de confirmer l'ordonnance d'un nouveau procès.

II. The Appeal in *Orbanski*

A. *The Facts*

Early in the morning of August 30, 1998, at 3:21 a.m., RCMP officers observed a vehicle proceed through a stop sign without stopping, make a wide left turn, and swerve back and forth on the road. The officers activated their emergency lights and stopped the vehicle. One officer approached the vehicle and identified himself to the sole occupant, the appellant Orbanski. The officer could smell the odour of liquor from the driver's breath and observed that his eyes were glassy. When asked by the officer if he had been drinking, Orbanski stated that he had consumed one beer that night. Although Orbanski did not raise any issue in respect of the police questioning, it is considered in this appeal because the matter was raised in Elias's case. The officer then asked Orbanski to step out of the vehicle to perform some sobriety tests.

Orbanski was told that the tests were voluntary and that he could contact a lawyer before performing them. The officer also offered him the use of a cell phone. However, the officer did not inform the appellant about the availability of free legal assistance. Hence, it is conceded on this appeal that the informational component of s. 10(b) of the *Charter* as mandated in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, was not met at the roadside.

Orbanski declined to contact a lawyer and agreed to perform the sobriety tests. The tests consisted of reciting the alphabet; walking in a straight line heel to toe while counting to ten; and looking at the officer's finger while the officer moved it in front of the appellant. Orbanski was unable to perform the tests and was arrested for impaired driving.

Orbanski was transported to the RCMP detachment where he was fully advised of his s. 10(b) right to counsel and was required to provide samples of his breath for analysis. The resulting blood alcohol readings, which exceeded the legal limit, were obtained after the appellant had spoken to counsel. He was charged with impaired driving under

II. Le pourvoi dans l'affaire *Orbanski*

A. *Les faits*

Tôt le matin du 30 août 1998, à 3 h 21, des agents de la GRC ont remarqué un véhicule brûler un signal d'arrêt, entreprendre un grand virage à gauche et zig-zaguer sur la route. Les agents ont activé leurs feux clignotants et intercepté le véhicule. L'un d'eux s'est approché du véhicule et s'est présenté à l'appelant Orbanski, seul dans sa voiture. L'agent a senti une odeur d'alcool provenant de l'haleine du conducteur et a constaté que ses yeux étaient vitreux. Lorsque l'agent lui a demandé s'il avait bu, M. Orbanski a répondu qu'il avait consommé une bière cette nuit-là. Même si M. Orbanski n'a pas soulevé la question de l'interrogatoire par les policiers, ce point est abordé dans ce pourvoi parce qu'il a été soulevé dans le cas de M. Elias. L'agent a alors demandé à M. Orbanski de descendre de sa voiture pour subir des tests de sobriété.

On a dit à M. Orbanski qu'il n'était pas tenu de subir les tests et qu'il pouvait communiquer avec un avocat avant de s'y soumettre. L'agent a également mis à sa disposition un téléphone cellulaire. Il n'a pas toutefois informé l'appelant de la possibilité de recourir sans frais à l'assistance juridique. On reconnaît donc en l'espèce que l'aspect informationnel de l'al. 10b) de la *Charte* prescrit par l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, n'a pas été respecté au bord de la route.

M. Orbanski a refusé de communiquer avec un avocat et a accepté de subir les tests de sobriété. Ceux-ci consistaient à réciter l'alphabet, à marcher en ligne droite en touchant du talon la pointe du pied en comptant jusqu'à dix, et à suivre des yeux le tracé du doigt de l'agent. M. Orbanski a échoué les tests et a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies.

M. Orbanski a été conduit au poste de la GRC où il a été pleinement informé de son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) et où il a dû fournir des échantillons de son haleine pour analyse. Les taux d'alcoolémie, qui dépassaient les limites permises, ont été obtenus après que l'appelant eût parlé à un avocat. Il a été accusé de conduite avec

5

6

7

8

s. 253(a) and driving “over 80” under s. 253(b) of the *Criminal Code*.

B. *Judicial Proceedings*

9 Orbanski was acquitted at trial in summary conviction court ([2001] 9 W.W.R. 178). The Crown appealed to the summary conviction appeal court and, before the appeal was heard, obtained leave to appeal to the Manitoba Court of Appeal. Philp J.A., writing for the court, allowed the Crown’s appeal and ordered a new trial ([2003] 9 W.W.R. 591, 2003 MBCA 43).

10 The proceedings both at trial and on appeal were focussed on what transpired at the roadside from the time Orbanski was pulled over by the police to the time he was arrested some minutes later. The officer’s subsequent conduct is not alleged to have resulted in any breach of the *Charter*. The trial judge found as a fact that, without the evidence of the sobriety tests, the Crown could not establish that the officer had the requisite reasonable and probable grounds to arrest Orbanski and demand that he supply breath samples for analysis under s. 254(3)(a) of the *Criminal Code*. The appeal being restricted to a question of law, the Crown was bound by this finding before the Manitoba Court of Appeal and before this Court.

11 Based on the trial judge’s assessment of the evidence, the results of the sobriety tests became a crucial part of the Crown’s case, since they justified the arrest for impaired driving. The trial judge carefully considered the evidence relating to the administration of those tests and concluded that they were both necessary for the carrying out of the police officer’s duties and reasonable in all the circumstances. He held further that the request for sobriety tests was authorized by the common law, although no common law rule or statute in Manitoba compelled Orbanski to comply with that request. However, the trial judge did not think that a limit on the right to

facultés affaiblies en vertu de l’al. 253a) et de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 » en vertu de l’al. 253b) du *Code criminel*.

B. *Les procédures judiciaires*

M. Orbanski a été acquitté au procès devant la cour des poursuites sommaires ([2001] 9 W.W.R. 178). Le ministère public a interjeté appel auprès de la cour d’appel des poursuites sommaires et, avant que l’appel ne soit entendu, a obtenu l’autorisation d’en appeler devant la Cour d’appel du Manitoba. S’exprimant au nom de la cour, le juge Philp a accueilli l’appel du ministère public et a ordonné un nouveau procès ([2003] 9 W.W.R. 591, 2003 MBCA 43).

Les débats tant au procès qu’en appel ont porté surtout sur les événements survenus au bord de la route entre le moment où la police a intercepté le véhicule de M. Orbanski et l’arrestation de ce dernier quelques minutes plus tard. On ne prétend pas que la conduite subséquente de l’agent a donné lieu à un manquement à la *Charte*. Le juge du procès a conclu en fait que sans la preuve que constituent les tests de sobriété, le ministère public ne pouvait démontrer que l’agent avait les motifs raisonnables requis pour procéder à l’arrestation de M. Orbanski et lui ordonner aux termes de l’al. 254(3)a) du *Code criminel* de fournir un échantillon d’haleine pour analyse. L’appel étant restreint à une question de droit, le ministère public était lié par cette conclusion devant la Cour d’appel du Manitoba et devant notre Cour.

Fondés sur l’appréciation de la preuve par le juge du procès, les résultats des tests de sobriété sont devenus un élément essentiel de la preuve du ministère public puisqu’ils justifiaient l’arrestation pour conduite avec facultés affaiblies. Le juge du procès a examiné attentivement la preuve relative à l’administration de ces tests pour conclure qu’ils s’étaient avérés à la fois nécessaires à l’exécution des fonctions policières et raisonnables eu égard à toutes les circonstances. Il a en outre conclu que la demande de tests de sobriété était autorisée en common law, bien qu’aucune règle de common law ni la loi du Manitoba ne contraignaient M. Orbanski à

counsel necessarily flowed from the common law duty imposed on the police officer unless there was some urgency.

Finally, the trial judge turned to s. 24 of the *Charter* and concluded that the sobriety tests and the breathalyzer readings should be excluded because their admission into evidence would bring the administration of justice into disrepute. He therefore dismissed the charges against Orbanski.

On appeal, Philp J.A. agreed with the trial judge's conclusion that no common law or statutory authority existed for requesting sobriety tests without advising a detainee of his s. 10(b) rights. In his view, no limit on the right to counsel could be said to be "prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the *Charter* in the absence of a corresponding obligation on the driver to comply with the police request to perform sobriety tests.

However, Philp J.A. disagreed with the trial judge in respect of the s. 24(2) analysis. He held that the sobriety tests were not conscriptive evidence because Orbanski had been neither compelled nor coerced into participating in the tests. Rather, the uncontroverted evidence was that he had participated voluntarily. Philp J.A. held that the *Charter* violation was not serious and the reputation of the administration of justice would be better served in this case by the admission of the evidence. The Crown's appeal was therefore allowed, the acquittal set aside and a new trial ordered.

III. The Appeal in *Elias*

A. *The Facts*

On December 11, 1998, at 1:44 a.m., two police officers saw Elias leave a Winnipeg hotel, get into a pickup truck and drive off. Shortly thereafter,

obtempérer. Cependant, le juge du procès n'a pas estimé que l'obligation imposée au policier en common law entraînait nécessairement, à moins qu'il y ait urgence, une restriction du droit à l'assistance d'un avocat.

Enfin, le juge du procès a examiné l'art. 24 de la *Charte* et a conclu que les résultats des tests de sobriété et des alcootests devaient être exclus puisque leur admission en preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Il a donc rejeté les accusations portées contre M. Orbanski.

En appel, le juge Philp a fait sienne la conclusion du juge du procès selon laquelle aucune règle de common law ni la loi ne permettaient à un policier de demander à un détenu de se soumettre à des tests de sobriété sans l'informer de ses droits prévus à l'al. 10b). À son avis, en l'absence d'une obligation correspondante du conducteur d'obtempérer à la demande du policier de subir des tests de sobriété, on ne saurait affirmer que le droit à l'assistance d'un avocat est restreint par une « règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte*.

Toutefois, le juge Philp n'a pas accepté la décision du juge du procès relative à l'analyse fondée sur le par. 24(2). Il a statué que les tests de sobriété ne constituaient pas une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même puisque M. Orbanski n'avait été ni forcé, ni contraint, de se soumettre aux tests. Au contraire, la preuve non contredite montrait qu'il les avait subis de son plein gré. Le juge Philp a statué que la violation de la *Charte* n'était pas grave et que la considération dont jouit l'administration de la justice serait mieux servie en l'espèce par l'admission de la preuve. Il a donc accueilli l'appel du ministère public, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

III. Le pourvoi dans l'affaire *Elias*

A. *Les faits*

Le 11 décembre 1998, à 1 h 44, deux policiers ont vu M. Elias quitter un hôtel de Winnipeg et partir au volant d'une camionnette. Peu de temps

12

13

14

15

they stopped his vehicle in a random stop. One officer approached Elias and, detecting an odour of alcohol, asked if he had been drinking. Elias apparently said yes. The police officer then took Elias to the police cruiser where he was read the demand for an approved screening device test. The test was administered and the result was a “fail”. As a result, Elias was arrested for impaired driving and was informed of his right to retain and instruct counsel without delay. After consulting with counsel, Elias provided samples of breath for analysis. Each test resulted in readings that exceeded the legal limit. He was charged with impaired driving and driving “over 80”.

B. *Judicial Proceedings*

16 The trial judge found that Elias’s rights under s. 10(b) of the *Charter* had been violated at the roadside when he was asked if he had been drinking. The results of the approved screening device test were excluded because of this violation. In consequence, there was no basis for the breathalyzer demand. Elias was acquitted on both charges ([2002] 1 W.W.R. 85).

17 The summary conviction appeal judge set aside the acquittal on the driving “over 80” charge and ordered a new trial ([2002] 7 W.W.R. 316, 2002 MBQB 139). He was of the view that the police officer had not violated the driver’s rights when he asked him whether he had been drinking. Alternatively, such a violation was saved by s. 1 of the *Charter*.

18 A majority of the Manitoba Court of Appeal (Philp J.A., Freedman J.A. concurring) agreed with the trial judge that asking questions regarding recent drinking behaviour infringed the driver’s s. 10(b) rights and that this violation was not saved by s. 1 ([2004] 6 W.W.R. 601, 2003 MBCA 72). According

après, ils ont intercepté son véhicule au hasard. L’un d’eux s’est approché de M. Elias et, décelant une odeur d’alcool, lui a demandé s’il avait bu. M. Elias aurait répondu par l’affirmative. Le policier a alors conduit M. Elias à la voiture de patrouille où on lui a lu la demande relative à l’administration d’un test au moyen d’un appareil de détection approuvé. Le test a été administré, avec pour résultat la mention « échec ». En conséquence, M. Elias a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies et on l’a informé de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat. Après avoir consulté son avocat, M. Elias a fourni des échantillons d’haleine pour analyse. Chaque test a indiqué que le taux d’alcoolémie dépassait les limites permises. M. Elias a été accusé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 ».

B. *Les procédures judiciaires*

Le juge du procès a estimé que les droits de M. Elias prévus à l’al. 10b) de la *Charte* avaient été violés lorsqu’on lui a demandé au bord de la route s’il avait bu. Les résultats du test administré au moyen d’un appareil de détection approuvé ont été exclus en raison de cette violation. La demande d’alcooltest ne reposait donc sur aucun fondement. M. Elias a été acquitté relativement aux deux chefs d’accusation ([2002] 1 W.W.R. 85).

Le juge d’appel des poursuites sommaires a annulé le verdict d’acquiescement relatif à l’accusation de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 » et a ordonné la tenue d’un nouveau procès ([2002] 7 W.W.R. 316, 2002 MBQB 139). Il était d’avis que le policier n’avait pas violé les droits du conducteur en lui demandant s’il avait bu. Subsidiairement, pareille violation aurait été sauvegardée par l’article premier de la *Charte*.

À la majorité, la Cour d’appel du Manitoba (les juges Philp et Freedman) a conclu comme le juge du procès que le fait d’interroger le conducteur relativement à sa consommation préalable d’alcool allait à l’encontre des droits qui lui sont garantis par l’al. 10b) et que cette violation n’était pas

to the majority, neither s. 76.1(1) of the *Highway Traffic Act*, which authorized the stop, nor common law principles limit a detained driver's right to contact counsel prior to such questioning.

However, the majority of the Court of Appeal went on to admit the evidence of both the approved screening device test and the resulting breathalyzer test. In their view, the police officers reasonably suspected that Elias had alcohol in his body, quite apart from the question regarding recent alcohol consumption. Thus, the exclusion of the evidence, not its admission, would bring the administration of justice into disrepute.

Although concurring in the result, Kroft J.A. dissented on the s. 1 analysis. He found that s. 76.1(1) implicitly limits the right to counsel. In his view, the questioning by the police officers prior to giving Elias his s. 10(b) rights was a reasonable and justifiable limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*.

In the result, the Manitoba Court of Appeal dismissed Elias's appeal and confirmed the order for a new trial. Elias did not initially seek leave to appeal. Although the Crown was successful in the result, it sought and obtained leave from this Court to appeal regarding the question of whether the infringement of s. 10(b) was saved by s. 1. Shortly before the hearing, Elias sought leave to cross-appeal in respect of the Court of Appeal's s. 24(2) decision to admit the evidence. In light of my conclusion on the Crown's appeal, I do not find it necessary to deal with the s. 24(2) issue and, consequently, I would deny the request for leave to cross-appeal.

justifiée au sens de l'article premier ([2004] 6 W.W.R. 601, 2003 MBCA 72). Selon les juges majoritaires, ni le par. 76.1(1) du *Code de la route* qui autorise l'arrêt du véhicule, ni les principes de common law, ne restreignent le droit d'un conducteur détenu de communiquer avec un avocat avant qu'on lui pose ainsi des questions.

Toutefois, la majorité de la Cour d'appel a par la suite admis en preuve tant le test administré au moyen d'un appareil de détection approuvé que l'alcootest qui en découle. À son avis, les policiers avaient raisonnablement soupçonné la présence d'alcool dans le corps de M. Elias, indépendamment de la question concernant la consommation préalable d'alcool. Ainsi, c'est l'exclusion de la preuve, et non son admission, qui déconsidérerait l'administration de la justice.

Bien que souscrivant au résultat, le juge Kroft a exprimé sa dissidence quant à l'analyse fondée sur l'article premier. Il a conclu que le par. 76.1(1) restreignait implicitement le droit à l'assistance d'un avocat. À son avis, l'interrogatoire de M. Elias par les policiers avant de l'informer de ses droits prévus à l'al. 10(b) constituait une limite raisonnable et justifiable prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*.

En définitive, la Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel de M. Elias et confirmé l'ordonnance d'un nouveau procès. M. Elias n'a pas initialement cherché à se pourvoir contre cette décision. Bien qu'il ait obtenu gain de cause en bout de ligne, le ministère public a demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour quant à la question de savoir si l'atteinte au droit reconnu à l'al. 10(b) était sauvegardée par l'article premier. Peu avant l'audition, M. Elias a demandé l'autorisation d'interjeter un pourvoi incident contre la décision de la Cour d'appel d'admettre la preuve sous le régime du par. 24(2). Compte tenu de ma décision en ce qui concerne le pourvoi du ministère public, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question relative au par. 24(2) et en conséquence, je suis d'avis de rejeter la demande d'autorisation du pourvoi incident.

19

20

21

IV. Issues

22

Taken together, these appeals raise the following issues:

1. Do ss. 76.1(1), 263.2 and 265 of *The Highway Traffic Act*, S.M. 1985-86, c. 3 (H60), as amended, to the extent that they authorize a peace officer to administer physical sobriety tests to the driver of a motor vehicle, infringe s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Does s. 76.1(1) of *The Highway Traffic Act*, S.M. 1985-86, c. 3 (H60), as amended, to the extent that it authorizes a peace officer to question the driver of a motor vehicle about his or her prior alcohol consumption, infringe s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to question 1 or 2 is in the affirmative, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. Do the common law powers of a police officer, to the extent that those powers authorize the police officer to administer physical sobriety tests to the driver of a motor vehicle, infringe s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
5. Do the common law powers of a police officer, to the extent that those powers authorize the police officer to question the driver of a motor vehicle about his or her prior alcohol consumption, infringe s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
6. If the answer to question 4 or 5 is in the affirmative, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under

IV. Les questions en litige

Considérés ensemble, les pourvois soulèvent les questions suivantes :

1. Dans la mesure où ils autorisent un agent de la paix à faire subir des tests de sobriété au conducteur d'un véhicule automobile, le par. 76.1(1) et les art. 263.2 et 265 du *Code de la route*, L.M. 1985-86, ch. 3 (H60), modifié, portent-ils atteinte à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans la mesure où il autorise un agent de la paix à interroger le conducteur d'un véhicule automobile relativement à sa consommation préalable d'alcool, le par. 76.1(1) du *Code de la route*, L.M. 1985-86, ch. 3 (H60), modifié, porte-t-il atteinte à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. En cas de réponse affirmative à la question 1 ou la question 2, l'atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Dans la mesure où les pouvoirs que la common law confère à l'agent de police autorisent ce dernier à faire subir des tests de sobriété au conducteur d'un véhicule automobile, ces pouvoirs portent-ils atteinte à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
5. Dans la mesure où les pouvoirs que la common law confère à l'agent de police l'autorisent à interroger le conducteur d'un véhicule automobile relativement à sa consommation préalable d'alcool, ces pouvoirs portent-ils atteinte à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
6. En cas de réponse affirmative à la question 4 ou la question 5, l'atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans

s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

For the reasons that follow, I would answer questions 1, 2 and 3 in the affirmative. The remaining questions need not be answered.

V. Analysis

A. *The Factual Context*

As in most *Charter* cases, the factual context in these two appeals is of critical importance to the proper resolution of the questions before the Court. The following factors govern the determination of whether Elias and Orbanski should have been fully informed of their right to counsel at the roadside and given the opportunity to retain and instruct counsel before being asked questions about prior alcohol consumption or requested to perform sobriety tests.

First, we are concerned here with the use of a vehicle on a highway. This Court has recognized that, while movement in a vehicle involves a “liberty” interest in a general sense, it cannot be equated to the ordinary freedom of movement of the individual that constitutes one of the fundamental values of our democratic society. Rather, it is a licensed activity that is subject to regulation and control for the protection of life and property: see *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 35. The need for regulation and control of the use of vehicles on the highway is heightened both because of the high prevalence of the activity and its inherent dangers.

Second, the effective regulation and control of this activity give rise to a unique challenge when it comes to protecting users of the highway from the menace posed by drinking and driving. This challenge arises from the fact that drinking and driving is not in and of itself illegal. It is only driving with an impermissible amount of alcohol in one’s body, or driving when one’s faculties are impaired, that

le cadre d’une société libre et démocratique conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de répondre dans l’affirmative aux questions 1, 2 et 3. Il n’est pas nécessaire de répondre aux autres questions.

V. Analyse

A. *Le contexte factuel*

Comme dans la plupart des affaires relatives à la *Charte*, le contexte factuel de ces deux pourvois revêt une importance cruciale pour répondre aux questions dont notre Cour est saisie. Les facteurs suivants régissent la question de savoir si, alors qu’ils se trouvaient au bord de la route, MM. Elias et Orbanski auraient dû être pleinement informés de leur droit à l’assistance d’un avocat et avoir l’occasion d’y recourir avant qu’on les interroge relativement à leur consommation préalable d’alcool ou qu’on leur demande de se soumettre aux tests de sobriété.

Premièrement, c’est l’utilisation d’un véhicule sur la route qui nous intéresse en l’espèce. Notre Cour a reconnu que si le fait de se déplacer dans un véhicule met en cause un droit à la « liberté » au sens large du terme, ce droit ne peut pas être assimilé à la liberté de circulation que nous connaissons et qui constitue l’une des valeurs fondamentales de notre société démocratique. Il s’agit plutôt d’une activité assujettie à une réglementation et à un contrôle en vue de la protection de la vie des personnes et de la propriété : voir *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 35. La nécessité de réglementer et de contrôler l’utilisation des véhicules sur les routes s’impose d’autant plus que beaucoup de personnes se livrent à cette activité qui comporte des dangers inhérents.

Deuxièmement, la réglementation et le contrôle efficaces de cette activité posent un défi unique lorsqu’il s’agit de protéger les automobilistes contre la menace que représente l’alcool au volant. Ce défi tient au fait que la conduite en état d’ébriété n’est pas en soi illégale. Seule la conduite avec un taux d’alcoolémie dans le corps dépassant les limites permises — ou la conduite avec facultés affaiblies — est

23

24

25

is criminalized. The line between the permissible and the impermissible is not always easy to discern, and the necessary screening can only be achieved through “field” enforcement by police officers. It follows that these officers must be equipped to conduct this screening, though with minimal intrusion on the individual motorist’s *Charter* rights.

26

Third, the challenge in this area of law enforcement is increased by the fact that the activity in question is ongoing and the drinking driver who has exceeded permissible limits presents a continuing danger on the highway. The aim is to screen drivers at the road stop, not at the scene of the accident. Hence, effective screening at the roadside is necessary to ensure the safety of the drivers themselves, their passengers, and other users of the highway. Effective screening should also be achieved with minimal inconvenience to the legitimate users of the highway.

27

Fourth, it is important to recognize that the need for regulation and control is achieved through an interlocking scheme of federal and provincial legislation. The provincial legislative scheme includes driver licensing, vehicle safety and highway traffic rules. At the federal level, the primary interest lies in deterring and punishing the commission of criminal offences involving motor vehicles. Control of drinking and driving is not confined exclusively to the laying of criminal charges after a criminal offence has been committed. Roadside screening techniques contemplated by provincial legislation provide a mechanism for combatting the continuing danger presented by the drinking driver, even if the driver may not ultimately be found to have reached a criminal level of impairment. Examples of such provisions in the Manitoba *Highway Traffic Act* applicable at the roadside include s. 263.1(1), which permits a peace officer to suspend a driver’s licence if the officer has reason to believe that the driver’s blood alcohol level exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood or if the driver refuses to comply with a demand for a breath or blood sample made under s. 254 of the *Criminal Code*.

criminalisée. Il n’est pas toujours facile de tracer la ligne de démarcation entre ce qui est permis et ce qui ne l’est pas, et le travail de détection qui s’impose ne peut être assuré que par des policiers « sur le terrain ». Il s’ensuit que ces agents doivent être outillés pour faire ce travail de détection, et ce en portant le moins possible atteinte aux droits que la *Charte* garantit aux automobilistes.

Troisièmement, le défi que présente ce domaine de l’application de la loi est accentué par le fait que l’activité en question a un caractère continu et que le conducteur en état d’ébriété qui a dépassé les limites permises représente une menace constante sur les routes. L’objectif consiste à soumettre les conducteurs à un contrôle au barrage routier, et non pas sur les lieux de l’accident. Ainsi, des mesures de détection routière efficaces s’avèrent nécessaires pour assurer la sécurité des automobilistes eux-mêmes, de leurs passagers et des autres usagers de la route. La mise en œuvre de mesures de détection efficaces devrait également incommoder le moins possible les usagers légitimes de la route.

Quatrièmement, il importe de reconnaître que l’interrelation entre la législation fédérale et la législation provinciale permet de répondre à la nécessité de réglementer et de contrôler. Le cadre législatif provincial comprend la délivrance des permis de conduire, la sécurité des véhicules et les règles du code de la route. Au palier fédéral, l’intérêt premier consiste en la dissuasion et la punition des infractions criminelles impliquant des véhicules automobiles. Le contrôle de l’alcool au volant ne se limite pas exclusivement au dépôt d’accusations criminelles à la suite de la perpétration d’une infraction criminelle. Des techniques de détection routières envisagées par des lois provinciales fournissent un mécanisme permettant de lutter contre le danger toujours présent que pose le conducteur en état d’ébriété même si, en définitive, son état d’ébriété ne sera pas toujours considéré avoir atteint la limite qui en fait un acte criminel. Comme exemple de ces dispositions du *Code de la route* du Manitoba qui s’appliquent aux contrôles routiers, le par. 263.1(1) permet à l’agent de la paix de suspendre le permis d’un conducteur s’il a des motifs de croire que l’alcoolémie de ce dernier

Hence, although the issues on these appeals arise in the context of criminal trials, their resolution must nonetheless take into account both federal and provincial legislative schemes. The Court must carefully balance the *Charter* rights of motorists against the policy concerns of both Parliament and the provincial legislatures.

Another important contextual factor to consider is that both cases are concerned with the interaction between police officers and motorists at the roadside during this screening procedure from the time they are pulled over by the police to the time they are either allowed to continue on their way, or are arrested for a criminal offence related to drinking and driving. In each case, the driver was ultimately arrested and charged with impaired driving and driving “over 80”. However, no issue is raised about compliance with the *Charter* upon and following the arrest and demand for breath samples. Both Orbanski and Elias were promptly and fully informed of their right to counsel upon arrest and given the opportunity to exercise their right before providing samples of breath for the purpose of analysis. The question is whether they should have been afforded their right before certain screening measures were effected — in Orbanski’s case, before he was asked to perform sobriety tests, and in Elias’s case, before he was asked whether he had been drinking.

B. *The Right to Counsel*

Section 10 of the *Charter* provides that:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

dépasse 80 milligrammes d’alcool par 100 millilitres de sang, ou si le conducteur refuse d’obtempérer à un ordre de fournir un échantillon d’haleine ou de sang qui lui a été donné en vertu de l’art. 254 du *Code criminel*. Ainsi, les questions soulevées dans le présent pourvoi se posent dans le cadre des procès criminels, mais leur résolution doit néanmoins prendre en compte les régimes législatifs tant fédéral que provincial. Notre Cour doit établir un équilibre délicat entre les droits des automobilistes garantis par la *Charte* et les considérations de politique générale qui préoccupent le Parlement et les législateurs des provinces.

Autre facteur contextuel important, les deux affaires dont nous sommes saisis concernent l’interaction entre policiers et automobilistes à l’occasion d’une procédure de détection routière et ce, dès l’interception du véhicule par la police jusqu’au moment où l’automobiliste est autorisé à poursuivre son chemin ou est arrêté pour une infraction criminelle reliée à l’alcool au volant. Dans ces deux affaires, le conducteur a finalement été arrêté et accusé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie dépassant « .08 ». Aucune question ne se pose toutefois quant au respect de la *Charte* lors de l’arrestation et par la suite, à l’occasion de la demande de prélèvement d’échantillons d’haleine. MM. Orbanski et Elias ont tous deux été promptement et pleinement informés de leur droit à l’assistance d’un avocat dès leur arrestation, et tous deux ont eu l’occasion d’exercer leur droit avant de fournir des échantillons d’haleine pour analyse. Il s’agit de savoir s’il fallait leur permettre d’exercer ce droit avant la prise de certaines mesures de détection — dans le cas de M. Orbanski, avant qu’on lui demande de se soumettre à des tests de sobriété et, dans le cas de M. Elias, avant qu’on lui demande s’il avait bu.

B. *Le droit à l’assistance d’un avocat*

L’article 10 de la *Charte* prévoit ce qui suit :

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

a) d’être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

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

(c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

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

c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

30

Although we are concerned here solely with the s. 10(b) right to counsel, it is helpful to look at s. 10 in its entirety. The right to counsel is triggered from the moment a driver is “detained” within the meaning of s. 10. It is not every delay occasioned by a communication between a person and a police officer or other state authority that will amount to a detention within the meaning of the *Charter*: see, for example, *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 521, and *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1074, where this Court found that “it would be absurd to suggest that routine questioning by a customs officer constitutes a detention for the purposes of s. 10(b)”.

Bien que seul le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) nous intéresse en l'espèce, il est utile d'examiner tout le texte de l'art. 10. Le droit à l'assistance d'un avocat entre en jeu dès la « détention » du conducteur au sens de l'art. 10. Tout délai occasionné par la communication entre une personne et un policier ou autre agent de l'État ne sera pas assimilable à une détention au sens de la *Charte* : voir par exemple *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 521, et *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1074, où notre Cour a statué qu'« il serait absurde de laisser croire qu'un interrogatoire de routine effectué par un douanier constitue une détention aux fins de l'al. 10b) ».

31

The Crown conceded that Orbanski and Elias were each detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter* when pulled over by the police. In my view, this concession was well founded. In each case, the degree of compulsion or coercion necessary for there to be detention was present as defined in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 641-42, and reiterated in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640. It also accords with the meaning of “detained” under s. 9 as defined in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257. It may be more readily apparent how being stopped and pulled over by the police amounts to a detention for s. 10 purposes when s. 10(a) of the *Charter* is considered. I suspect every motorist would fully expect “to be informed promptly of the reasons” why he or she is being stopped.

Le ministère public a admis que MM. Orbanski et Elias ont été détenus au sens de l'al. 10b) de la *Charte* lorsque leur véhicule a été intercepté par la police. À mon avis, cette admission était bien fondée. Dans les deux cas, on trouvait le degré de contrainte ou de coercition requis pour qu'il y ait détention au sens que notre Cour a donné à ce terme dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 641-642, et qu'elle a réitéré dans *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640. Cette admission est aussi conforme au sens du terme « détention » que l'on trouve à l'art. 9 et qui est défini dans *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, et dans *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257. Compte tenu de l'al. 10a) de la *Charte*, on peut comprendre plus facilement pourquoi l'interception et l'immobilisation d'un véhicule par un policier équivaut à une détention pour l'application de l'art. 10. Je suppose que chaque automobiliste s'attendrait parfaitement à être « informé dans les plus brefs délais des motifs » pour lesquels on l'interpelle.

32

Therefore, there is no issue that the s. 10(b) right to counsel was triggered in each of these cases. It is also conceded on these appeals that neither Orbanski nor Elias was provided with his right to counsel during the period of detention at the roadside from

Par conséquent, personne ne conteste que le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) s'appliquait dans ces deux affaires. Il est également admis dans les deux pourvois que ni M. Orbanski, ni M. Elias n'ont pu se prévaloir de ce droit lorsqu'ils ont

the time they were pulled over by the police until the time of their arrest.

The s. 10(b) right to counsel, however, is not absolute. It is subject, under s. 1 of the *Charter*, “to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. The analysis under s. 1 of the *Charter* involves two separate components: the proposed limit must be prescribed by law and, if it is, it must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. Although both components of the s. 1 justification test must be addressed, the crucial question raised in the courts below and before this Court is whether there was any limit on the right to counsel “prescribed by law”.

C. *A Limit Prescribed by Law*

The Court of Appeal in Orbanski’s case and a majority in Elias’s case were of the view that the police power, if any, to question a driver about prior alcohol consumption or to request the performance of sobriety tests could not constitute a “prescription by law” because there was no corresponding legal duty on the driver to answer the inquiries or to comply with the request. With respect, it is my view that this was the crux of the error made by the courts below.

Although the Manitoba Court of Appeal was correct in its conclusion that neither common law nor statutory law in Manitoba compels a driver to perform sobriety tests or to answer police questions about sobriety, the presence or absence of penal consequences for non-compliance with the officer’s requests does not assist in determining whether the law prescribes a limit on the right to counsel. As I will explain, a prescribed limit arose in these cases by necessary implication from the operating

été détenus au bord de la route, du moment où ils ont été interceptés par les policiers jusqu’au moment de leur arrestation.

Le droit à l’assistance d’un avocat garanti à l’al. 10b) n’est cependant pas absolu. Il peut être restreint, aux termes de l’article premier de la *Charte*, « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». L’analyse fondée sur l’article premier de la *Charte* comporte deux volets distincts : la restriction proposée doit être prescrite par une règle de droit et, si c’est le cas, elle doit être raisonnable et sa justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Bien qu’il faille traiter des deux éléments du critère relatif à la justification de l’article premier, la question cruciale soulevée devant les tribunaux de juridiction inférieure et devant cette Cour consiste à savoir si le droit à l’assistance d’un avocat était restreint par une « règle de droit ».

C. *Une restriction prescrite par une règle de droit*

La Cour d’appel dans le cas de M. Orbanski et la majorité dans le cas de M. Elias ont conclu que le pouvoir des policiers, le cas échéant, d’interroger un conducteur relativement à sa consommation préalable d’alcool ou de lui ordonner de se soumettre à des tests de sobriété ne pouvait être « prescrit par une règle de droit » puisque le conducteur n’était pas assujéti à une obligation légale correspondante de répondre aux questions ou d’obtempérer. En toute déférence, je suis d’avis qu’il s’agit là du point crucial sur lequel les tribunaux de juridiction inférieure ont commis une erreur.

La Cour d’appel du Manitoba a conclu à juste titre qu’un conducteur n’est pas tenu par la common law ni par une loi manitobaine de se soumettre à des tests de sobriété ou de répondre aux questions des policiers à ce sujet, mais la présence ou l’absence de conséquences pénales pour défaut d’obtempérer aux demandes des policiers ne nous aide pas à déterminer si une règle de droit prescrit une restriction au droit à l’assistance d’un avocat. Comme je l’expliquerai, dans ces deux affaires,

33

34

35

requirements of the governing provincial and federal legislative provisions.

36 It is settled law that a prescribed limit may be implied from the operating requirements of a statute. In *Therens*, Le Dain J. described the meaning of the words “prescribed by law” as follows (at p. 645):

Section 1 requires that the limit be prescribed by law, that it be reasonable, and that it be demonstrably justified in a free and democratic society. The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule. [Emphasis added.]

37 Manitoba has recently amended its *Highway Traffic Act* to provide an express limit on the right to counsel. The relevant provision reads as follows:

76.1(6) A peace officer is not required to inform a driver or passenger of his or her right to counsel, or to give the driver or passenger the opportunity to consult counsel, before doing anything subsection (4) or (5) authorizes. [Subs. (4) permits a peace officer to demand that a driver provide information and driving documents to the officer. It also permits the officer to conduct field sobriety tests or question the driver about his or her drinking. Subs. (5) permits the officer to request relevant information from the passenger of the vehicle.]

However, these amendments had not been passed at the time Orbanski and Elias were stopped. As a result, there was no express limitation on the right to counsel found in the statute at issue in this appeal. The question is whether such a limitation was implicit in the operating requirements of the legislation existing at the time.

une restriction prescrite découlait, par implication nécessaire, du mécanisme établi par les dispositions législatives fédérales et provinciales applicables.

Il est bien établi en droit qu’une restriction prescrite peut découler des conditions d’application d’une loi. Dans l’arrêt *Therens*, le juge Le Dain a décrit en ces termes le sens des mots « prescrite par une règle de droit » (p. 645) :

L’article 1 exige que cette restriction soit prescrite par une règle de droit, qu’elle soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. L’exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l’art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d’une loi ou d’un règlement, ou de ses conditions d’application. La restriction peut aussi résulter de l’application d’une règle de *common law*. [Je souligne.]

Le Manitoba a modifié récemment son *Code de la route* de façon à prévoir expressément une restriction du droit à l’assistance d’un avocat. La disposition est formulée comme suit :

76.1(6) Avant de prendre les mesures que le paragraphe (4) ou (5) autorise, l’agent de la paix n’est pas tenu d’informer le conducteur ou les passagers qu’ils ont le droit de consulter un avocat ni de leur donner la possibilité de le faire. [Le paragraphe (4) permet à l’agent de la paix de demander à un conducteur de lui fournir des renseignements ainsi que les documents relatifs à la conduite du véhicule. Il permet également à l’agent d’administrer un test de sobriété sur place et d’interroger le conducteur sur sa consommation d’alcool. Le paragraphe (5) permet à l’agent de recueillir des renseignements pertinents des passagers d’un véhicule.]

Ces modifications n’avaient cependant pas encore été adoptées au moment où MM. Orbanski et Elias ont été interceptés. Ainsi, la loi en cause dans le présent pourvoi ne prévoyait aucune restriction expresse au droit à l’assistance d’un avocat. Il faut se demander si une restriction de ce genre découlait implicitement des conditions d’application de la loi alors en vigueur.

An example of a limitation of the s. 10(b) Charter right to counsel resulting implicitly from the operating requirements of a statute can be found in *Thomsen*. In that case, Le Dain J. for the Court held that, when interpreted in the context of the two-hour time limit within which a breathalyzer test was to be administered, s. 234.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 254(2)), implied that the rights of a roadside detainee under s. 10(b) were to be abridged (*Thomsen*, at pp. 652-53). This limit was found to be constitutional.

Is there such a limit in these cases? Unlike the situation in *Thomsen*, the screening measures utilized in this case were not expressly authorized by statute. It therefore becomes necessary to determine first, whether the police actions were nonetheless lawful under the statutory scheme and second, whether an implicit limitation on the right to counsel results from the operating requirements of that scheme.

(a) The Scope of Police Authority to Check the Sobriety of Drivers

It is not disputed that the police had the right to stop Orbanski and Elias. In each case, the driver was stopped pursuant to the general stop power under s. 76.1(1) (then s. 76.1) of the Manitoba *Highway Traffic Act*:

76.1(1) A peace officer, in the lawful execution of his or her duties and responsibilities, may require the driver of a motor vehicle to stop, and the driver of the motor vehicle, when signalled or requested to stop by a peace officer who is readily identifiable as such, shall immediately come to a safe stop and remain stopped until permitted by the peace officer to depart.

(As amended by S.M. 1989-90, c. 4, s. 3.)

The police were unquestionably acting in the lawful execution of their duties and responsibilities when they stopped Orbanski after observing his erratic driving. There is also no question that they

On trouve dans l'arrêt *Thomsen* un exemple d'une restriction au droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte* qui découle implicitement des conditions d'application d'une loi. Dans cette affaire, le juge Le Dain a affirmé au nom de la Cour que le par. 234.1(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 254(2)), lorsqu'on l'interprète dans le contexte de la limite de deux heures dans laquelle l'alcootest doit être pratiqué, sous-entend que les droits garantis par l'al. 10b) au conducteur détenu au bord de la route doivent être restreints (*Thomsen*, p. 652-653). Cette restriction a été jugée constitutionnelle.

Est-ce qu'il y a une telle restriction dans les affaires en l'espèce? Contrairement à la situation exposée dans l'arrêt *Thomsen*, les mesures de détection pratiquées en l'espèce n'étaient pas autorisées expressément par la loi. Il devient donc nécessaire de déterminer d'abord si, dans le régime législatif alors en vigueur, les mesures prises par les policiers étaient quand même légitimes et ensuite, si une restriction au droit à l'assistance d'un avocat découle implicitement des conditions d'application de ce régime législatif.

a) L'étendue du pouvoir des policiers de vérifier la sobriété des conducteurs

Nul ne conteste que les policiers avaient le droit d'ordonner à MM. Orbanski et Elias de s'arrêter. Dans un cas comme dans l'autre, le conducteur a été interpellé sur le fondement du pouvoir général d'arrêter des véhicules prévu au par. 76.1(1) (alors l'art. 76.1) du *Code de la route* du Manitoba :

76.1(1) L'agent de la paix qui agit dans l'exercice légitime de ses fonctions peut ordonner au conducteur d'un véhicule automobile de s'arrêter. Le conducteur du véhicule automobile à qui un agent de la paix aisément identifiable signale ou demande de s'arrêter est tenu de le faire immédiatement et de ne repartir qu'avec la permission de l'agent de la paix.

(Modifié par L.M. 1989-1990, ch. 4, art. 3.)

Les policiers agissaient incontestablement dans l'exercice légitime de leurs fonctions lorsqu'ils ont interpellé M. Orbanski en constatant sa conduite mal assurée. Il ne fait aucun doute non plus qu'ils

38

39

40

were acting lawfully when they stopped Elias even though the stop was made at random. The legality and constitutionality of random vehicle stops pursuant to general statutory vehicle stop powers was confirmed in *Ladouceur*, in which a general provision in the Ontario *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980, c. 198, virtually identical to s. 76.1(1) of the Manitoba Act was reviewed for *Charter* compliance.

41 It is also settled law that the police have the authority to check the sobriety of drivers. This authority was found to exist at common law in *Dedman*. More pertinently, it was also found in statute in *Ladouceur*, where this Court held that checking the sobriety of drivers was one of the purposes underlying the general statutory vehicle stop powers. It is the same kind of general statutory power that is in question on these appeals. As the Court stated in *Ladouceur*, police officers can stop persons under such statutory power only for legal reasons — in the circumstances of that case (as here), for reasons related to driving a car such as checking the driver's licence and insurance, *the sobriety of the driver* and the mechanical fitness of the vehicle (p. 1287).

42 The Manitoba Court of Appeal drew a distinction between Manitoba's general vehicle stop power found in s. 76.1 and more specific legislation such as that found in Ontario's s. 48(1) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, which expressly authorizes police officers to check if there are grounds to make a demand under s. 254 of the *Criminal Code*. Section 254 of the *Criminal Code* authorizes the police to make a demand on proper grounds for suitable samples for testing in an approved screening device or in a breathalyzer. Screening measures such as questioning drivers about prior alcohol consumption and requesting them to perform sobriety tests were found to be authorized under s. 48(1) of the Ontario *Highway Traffic Act*: see *R. v. Saunders* (1988), 41 C.C.C.

agissaient de façon légitime lorsqu'ils ont interpellé — quoique par hasard — M. Elias. La légalité et la constitutionnalité des arrêts de véhicules au hasard conformément aux pouvoirs généraux conférés par la loi ont été confirmées dans l'arrêt *Ladouceur*, dans lequel une disposition générale du *Code de la route* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 198, presque identique au par. 76.1(1) de la Loi du Manitoba, a été examinée au plan de sa conformité avec la *Charte*.

Il est également bien établi en droit que les policiers sont autorisés à vérifier la sobriété des conducteurs. Dans l'arrêt *Dedman*, la Cour a conclu que ce pouvoir existe en common law. Plus pertinemment encore, ce pouvoir peut aussi être prévu par la loi, comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *Ladouceur* en statuant que la vérification de la sobriété des conducteurs était l'un des objectifs sous-jacents aux pouvoirs généraux en matière d'arrêt de véhicules. Le même genre de pouvoir général prévu par la loi est en cause dans ces pourvois. Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Ladouceur*, en vertu de ce pouvoir que leur accorde la loi, les policiers peuvent interpellier des personnes uniquement pour des motifs fondés sur la loi — dans cette affaire (comme en l'espèce), pour des motifs liés à la conduite d'une automobile comme la vérification du permis de conduire, des assurances, de *la sobriété du conducteur* ainsi que de l'état mécanique du véhicule (p. 1287).

La Cour d'appel du Manitoba a établi une distinction entre le pouvoir général d'arrêter des véhicules prévu à l'art. 76.1 de la loi du Manitoba et une disposition législative plus précise comme celle que l'on trouve au par. 48(1) du *Code de la route* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.8, qui autorise expressément les policiers à vérifier s'il existe des motifs de formuler une demande fondée sur l'art. 254 du *Code criminel*. L'article 254 du *Code criminel* permet au policier d'ordonner, pour des motifs qui le justifient, le prélèvement d'échantillons valables à des fins d'analyse au moyen d'un appareil de détection approuvé ou d'un alcootest. Des mesures de détection telles que le fait d'interroger les conducteurs relativement à leur consommation préalable d'alcool et de leur ordonner de se

(3d) 532 (Ont. C.A.), and *R. v. Smith* (1996), 105 C.C.C. (3d) 58 (Ont. C.A.).

In my view, the absence of a specific provision authorizing police officers to check the sobriety of drivers cannot detract from the powers that are necessarily implicit under the general statutory vehicle stop provision. In addition, police officers in Manitoba are of course authorized to exercise the powers contained in s. 254 of the *Criminal Code* under the authority of the *Code* itself. That one of the underlying purposes of the general stop power provided in s. 76.1(1) of the Manitoba *Highway Traffic Act* is to control impaired driving is further evidenced from other sections of the Act that expressly refer to s. 254 of the *Criminal Code*:

265(1) When, on demand of a peace officer made under section 254 of the *Criminal Code* (Canada) in relation to the operation or care and control of a motor vehicle or off-road vehicle, a person provides a sample of his or her breath which, on analysis by an approved screening device as defined in that section, registers “Warn” or another word, letter or indication that the approved screening device is designed to register when calibrated as required under subsection (9), the peace officer shall request the person to surrender his or her driver’s licence.

265(2) When, on demand of a peace officer made under section 254 of the *Criminal Code* (Canada) in relation to the operation or care and control of a motor vehicle or off-road vehicle, a person provides a sample of his or her breath which, on analysis by an instrument approved as suitable for the purpose of section 258 of the *Criminal Code* (Canada), indicates that the concentration of alcohol in the person’s blood is 50 milligrams or more of alcohol in 100 millilitres of blood, the peace officer shall request the person to surrender his or her driver’s licence.

Hence, it cannot be disputed that the police had the general power, indeed the duty, to check the sobriety of Orbanski and Elias and that, logically, certain measures could lawfully be taken to fulfill this duty. What is questioned in these cases is whether those measures included the right to ask the driver questions about prior alcohol

soumettre aux tests de sobriété ont été considérées permises en vertu du par. 48(1) du *Code de la route* de l’Ontario : voir *R. c. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532 (C.A. Ont.), et *R. c. Smith* (1996), 105 C.C.C. (3d) 58 (C.A. Ont.).

À mon avis, l’absence d’une disposition précise autorisant les policiers à vérifier la sobriété des conducteurs n’altère en rien les pouvoirs qui sont nécessairement implicites en vertu de la disposition législative générale en matière d’arrêt de véhicules. De plus, il va de soi que les policiers au Manitoba sont autorisés à exercer les pouvoirs prévus à l’art. 254 du *Code criminel* en vertu de ce même *Code*. Il ressort en outre d’autres dispositions du *Code de la route* du Manitoba renvoyant expressément à l’art. 254 du *Code criminel* qu’un des objectifs qui sous-tendent le pouvoir général d’arrêter des véhicules prévu au par. 76.1(1) est de contrôler la conduite avec facultés affaiblies :

265(1) Si, sur ordre d’un agent de la paix prévu à l’article 254 du *Code criminel* (Canada) à l’égard de la conduite ou de la garde et du contrôle d’un véhicule automobile ou d’un véhicule à caractère non routier, une personne donne un échantillon d’haleine qui, après analyse au moyen d’un appareil de détection approuvé au sens de cet article, indique « Avertissement » ou tout autre terme, lettre ou désignation que l’appareil affiche lorsqu’il est étalonné conformément au paragraphe (9), l’agent de la paix demande à la personne de lui remettre son permis de conduire.

265(2) Si, sur ordre d’un agent de la paix prévu à l’article 254 du *Code criminel* (Canada) à l’égard de la conduite ou de la garde et du contrôle d’un véhicule automobile ou d’un véhicule à caractère non routier, une personne donne un échantillon d’haleine qui, après analyse au moyen d’un instrument approuvé et jugé convenable pour l’application de l’article 258 du *Code criminel* (Canada), indique que le taux d’alcoolémie de la personne est de 50 milligrammes au moins par 100 millilitres de sang, l’agent de la paix demande à la personne de lui remettre son permis de conduire.

Ainsi, on ne saurait contester que la police avait le pouvoir général, et même le devoir, de vérifier la sobriété de MM. Orbanski et Elias et qu’en toute logique, certaines mesures pouvaient légitimement être prises en ce sens. On conteste toutefois dans ces affaires le fait que ces mesures englobaient le droit d’interroger le conducteur relativement à sa

consumption and request that he perform sobriety tests.

45

The screening of drivers necessarily requires a certain degree of interaction between police officers and motorists at the roadside. It is both impossible to predict all the aspects of such encounters and impractical to legislate exhaustive details as to how they must be conducted. On this point, I respectfully disagree with the analysis of my colleague Justice LeBel. As I read his reasons, unless a statute prescribes specific investigatory measures, a police officer has a duty to provide motorists with their right to counsel before taking any steps to assess their sobriety. For example, in *Mr. Elias's* case, my colleague takes the view that police officers can only ask motorists about alcohol consumption before they contact counsel if legislation permits it. Presumably, the same reasoning would apply in respect of any general question designed to assess the sobriety of the driver. On that approach, a police officer would be well advised to provide motorists with their right to counsel as soon as they rolled down their window. In my view, this would result in longer and often unnecessary detentions. While statutory provisions such as the recent Manitoba amendments can provide more guidance and certainty on the scope of permissible investigatory measures, it is my view that many of the powers set out in the amendments are implicit in the existing Manitoba legislation. The recognition of these powers is not carved out of whole cloth from common law principles to suit the occasion — these powers are part of a longstanding statutory scheme that permits police officers to stop drivers and check their sobriety. The scope of justifiable police conduct will not always be defined by express wording found in a statute but, rather, according to the purpose of the police power in question and by the particular circumstances in which it is exercised. Hence, it is inevitable that common law principles will need to be invoked to determine the scope of permissible police action under any statute. In this context, it becomes particularly important to keep in mind that any enforcement scheme must allow sufficient flexibility to be effective. The police power to check for sobriety, as any other power,

consommation préalable d'alcool et de lui ordonner de se soumettre aux tests de sobriété.

La détection des conducteurs en état d'ébriété exige nécessairement un certain degré d'interaction entre les policiers et les automobilistes au bord de la route. Il est à la fois impossible de prédire tous les aspects de ces rapports et peu pratique de prévoir de manière exhaustive dans la loi la procédure à suivre en pareille situation. Sur ce point, je ne puis accepter l'analyse que fait mon collègue le juge LeBel. Si je comprends bien ses motifs, à moins qu'une loi ne prescrive des mesures d'enquête précises, un policier a le devoir de permettre aux automobilistes d'exercer leur droit à l'assistance d'un avocat avant de prendre toute mesure en vue d'évaluer leur sobriété. À titre d'exemple, dans le cas de *M. Elias*, mon collègue estime que les policiers ne peuvent interroger un automobiliste au sujet de sa consommation d'alcool avant qu'il communique avec un avocat que si la loi le permet. Il faut supposer que le même raisonnement s'appliquerait à l'égard de toute question d'ordre général visant à évaluer la sobriété du conducteur. Selon cette façon de faire, le policier serait bien avisé de permettre aux automobilistes d'exercer leur droit à l'assistance d'un avocat dès qu'ils abaissent la vitre de la portière. À mon avis, cela entraînerait des périodes de détention plus longues et souvent inutiles. Si des dispositions législatives telles les modifications apportées récemment au Manitoba peuvent offrir plus de précision et de certitude quant à la portée des mesures d'enquête permises, j'estime que bon nombre des pouvoirs qu'énoncent ces modifications sont déjà implicitement prévues dans la loi du Manitoba. La reconnaissance de ces pouvoirs n'est pas taillée d'une seule pièce dans les principes de common law en fonction de l'occasion — ces pouvoirs s'inscrivent dans un régime législatif qui permet depuis longtemps aux policiers d'intercepter les conducteurs et de vérifier leur sobriété. La portée de la conduite justifiable des policiers ne sera pas toujours définie par des termes explicitement prévus dans la loi, mais plutôt selon l'objet du pouvoir policier en question et en fonction des circonstances particulières de son exercice. Ainsi, il faudra inévitablement invoquer

is not without its limits; it is circumscribed, in the words of the majority of this Court in *Dedman* by that which is “necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference” (p. 35).

Doherty J.A. provided a useful delineation of the scope of the police power to check the sobriety of drivers at the roadside in *Smith* where he stated that “a procedure cannot be reasonable . . . unless it can be performed at the site of the detention, with dispatch, with no danger to the safety of the detainee and with minimal inconvenience to the detainee” (p. 73).

Whether a particular screening measure will fall within the scope of authorized police action is a question that necessarily calls for a case-specific inquiry. In more obvious cases of drinking and driving, observation of the driver alone may suffice for effective screening. But one can think of many examples in which observation of the driver through the open car window will not be sufficient to enable the officer to draw the line between those drivers with a permissible amount of alcohol in their body and those who have reached the impermissible level.

Before turning to the facts of the case before us, let me address one additional argument made during this appeal. It was argued that asking questions about alcohol consumption falls outside the scope of reasonable police screening measures because it introduces an added element of self-incrimination. For this reason, Elias raised the additional question of whether his rights under

les principes de la common law pour déterminer la portée des mesures policières permises aux termes de toute loi. Dans ce contexte, il devient particulièrement important de ne pas oublier que pour être efficace, un régime d’application de la loi doit permettre assez de souplesse. À l’instar de tout autre pouvoir, le pouvoir policier en matière de vérification de la sobriété n’est pas absolu; il est circonscrit, pour reprendre les termes employés par la majorité de notre Cour dans l’arrêt *Dedman*, par ce qui est « nécessaire à l’accomplissement du devoir particulier de la police et [. . .] doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’objet public poursuivi par cette atteinte » (p. 35).

Le juge d’appel Doherty a cerné de façon utile la portée du pouvoir policier de vérifier la sobriété des conducteurs au bord de la route lorsqu’il a déclaré dans l’arrêt *Smith* qu’une [TRADUCTION] « mesure ne saurait être raisonnable [. . .] si elle ne peut être prise sur les lieux de la détention, promptement, sans compromettre la sécurité du détenu et en lui causant le moins d’inconvénient possible » (p. 73).

La question de savoir si la prise d’une mesure de détection en particulier relève de la conduite policière permise appelle nécessairement un examen au cas par cas. Dans les cas plus évidents de conduite en état d’ébriété, le seul fait d’observer le conducteur peut être une mesure de détection assez efficace. On peut cependant penser à de nombreux exemples où l’observation du conducteur par l’ouverture de la vitre de la portière ne sera pas suffisante pour permettre au policier de distinguer les conducteurs qui ont dans le sang une quantité d’alcool permise de ceux dont l’alcoolémie a atteint un niveau inacceptable.

Avant d’aborder les faits de l’espèce, je tiens à traiter d’un autre argument soulevé dans le présent pourvoi. On a fait valoir que le fait de poser des questions relatives à la consommation d’alcool déborde le cadre des mesures de détection policières raisonnables parce que cela fait intervenir un élément additionnel d’auto-incrimination. Pour cette raison, M. Elias a soulevé une autre question,

46

47

48

s. 7 of the *Charter* had been violated. The same argument was made and rejected in *Smith* by Doherty J.A. I agree with his analysis of this issue. As he aptly pointed out, the different methods used to assess impairment at the roadside do not involve different degrees of self-incrimination because almost all the information relevant to assessing impairment during a regulatory police stop will come from the accused. Physical sobriety tests, roadside questioning regarding alcohol consumption, and roadside questioning in order to assess whether the driver's speech is slurred are all intended to use evidence emanating from the driver in order to assess the driver's level of impairment (*Smith*, at p. 74). Compliance with the right against self-incrimination protected in s. 7 is essentially achieved by the police informing a detainee of his or her rights under s. 10(b) (*Smith*, at p. 80; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 177). In effect, Elias's assertion that the roadside conduct of the police in this case violated his rights under s. 7 is a reassertion of his rights under s. 10(b). Nothing further would be gained by considering the driver's s. 7 rights.

celle de savoir s'il y a eu atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Le même argument a été présenté au juge d'appel Doherty qui l'a rejeté dans l'arrêt *Smith*. Je fais mienne son analyse de cette question. Comme il l'a fait remarquer à juste titre, les différentes méthodes servant à constater l'état d'ébriété au bord de la route ne supposent pas des degrés différents d'auto-incrimination car presque tous les renseignements pertinents à cette question à l'occasion d'un arrêt réglementaire ordonné par la police proviendront de l'accusé. Les tests de sobriété physique, les questions posées au bord de la route au sujet de la consommation d'alcool et celles permettant d'évaluer la cohérence des propos du conducteur visent toutes à obtenir des éléments de preuve émanant du conducteur en vue d'apprécier le degré d'ébriété de celui-ci (*Smith*, p. 74). Le policier qui informe le détenu de ses droits garantis par l'al. 10b) se trouve essentiellement à respecter le droit de ne pas s'incriminer protégé par l'art. 7 (*Smith*, p. 80; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 177). En fait, en affirmant qu'en l'espèce, les agissements du policier au bord de la route ont porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7, M. Elias réaffirme ses droits garantis par l'al. 10b). Il n'y aurait rien d'autre à gagner d'une analyse des droits garantis aux conducteurs par l'art. 7.

49

To return to the case-specific inquiry relevant to this appeal, in *Orbanski*, the officer asked the driver if he had been drinking, to which Orbanski answered that he had had one beer at two o'clock. Similarly, in *Elias*, the driver was asked whether he had been drinking, and he replied that he had. In both cases, the driver's answer was part of the information used by the officer to form the reasonable suspicion necessary to request a roadside breath sample in the case of *Elias*, and the reasonable and probable grounds necessary to request a breathalyzer test in the case of *Orbanski*. The questions were relevant, involved minimal intrusion and did not go beyond what was necessary for the officer to carry out his duty to control traffic on the public roads in order to protect life and property. In my view, the police officers

Pour revenir à l'analyse du cas précis qui fait l'objet du présent pourvoi, dans l'affaire *Orbanski*, l'agent de police a demandé à M. Orbanski s'il avait bu, ce à quoi M. Orbanski a répondu qu'il avait consommé une bière à deux heures. De même, dans l'affaire *Elias*, le conducteur s'est fait demander s'il avait bu, ce à quoi il a répondu par l'affirmative. Dans les deux cas, la réponse fournie par le conducteur faisait partie des renseignements à la base des soupçons raisonnables qu'a eus l'agent de police et qui lui ont permis d'exiger sur place un échantillon d'haleine dans le cas de M. Elias, et à la base des motifs raisonnables et probables permettant d'exiger du conducteur qu'il se soumette à un alcootest dans le cas de M. Orbanski. Les questions étaient pertinentes, ne causaient qu'une atteinte minimale et n'allaient pas au-delà de ce qui était nécessaire à

were authorized in each case to make such inquiries.

The police officer was also authorized to ask Orbanski to perform a physical sobriety test at the roadside. As I have indicated, the inquiry is always case specific. In this case, the request made to Orbanski fell within the scope of reasonable and necessary measures. Having observed Orbanski's erratic driving and having detected the smell of liquor emanating from the vehicle, the officer requested that the accused step out of the vehicle to perform some sobriety tests. The tests involved reciting the alphabet, walking heel to toe, and following the officer's finger with his eyes. The trial judge specifically held that these tests were reasonable and necessary:

In my view the interference with liberty in this case was necessary for the carrying out of the police duties described above. The police constable suspected that the appellant had been driving while his ability to drive was impaired by alcohol. However, he did not think that he had reasonable and probable grounds to demand that the appellant take a breathalyzer test. He requested the sobriety tests in order to see whether his suspicions were well founded, — whether he could obtain reasonable and probable grounds for a demand for a breathalyzer test. There is nothing in the evidence to indicate that a roadside breath testing device was available. The sobriety tests were therefore necessary. [p. 189]

The officer was quickly able to determine whether there were grounds to make a breathalyzer request under s. 254(3) of the *Criminal Code*.

I therefore conclude in each case that the measures fell within the scope of reasonable police authority conferred by necessary implication from the operational requirements of the combined provincial and federal statutes. However, as discussed earlier, the operational requirements of a statute will only constitute a limit prescribed by law to the extent that their fulfilment is incompatible with the motorist's right to counsel. This brings me to the next inquiry.

l'accomplissement par l'agent de son devoir de surveillance de la circulation sur les routes en vue de protéger la vie des personnes et les biens. À mon avis, les policiers étaient dans les deux cas autorisés à poser ces questions.

Le policier pouvait également demander à M. Orbanski de se soumettre sur place à un test de sobriété physique. Comme je l'ai indiqué, l'examen se fait toujours au cas par cas. En l'espèce, l'ordre intimé à M. Orbanski entrainé dans le cadre des mesures raisonnables et nécessaires. Après avoir remarqué la conduite irrégulière de M. Orbanski et senti une odeur d'alcool provenant du véhicule, l'agent a demandé à l'accusé de descendre de son véhicule pour subir quelques tests de sobriété. Celui-ci devait réciter l'alphabet, marcher en touchant du talon la pointe du pied et suivre des yeux le doigt de l'agent. Le juge du procès a tout particulièrement conclu que ces tests étaient raisonnables et nécessaires :

[TRADUCTION] À mon sens, l'atteinte à la liberté en l'espèce était nécessaire à l'exercice des fonctions policières décrites précédemment. L'agent de police a soupçonné l'appelant d'avoir conduit alors que ses facultés étaient affaiblies par l'alcool. Il ne croyait toutefois pas détenir des motifs raisonnables et probables de demander à l'appelant de se soumettre à un alcootest. Il a demandé les tests de sobriété pour vérifier si ses soupçons étaient bien fondés — s'il pouvait avoir des motifs raisonnables et probables de lui faire subir un alcootest. La preuve n'indique pas qu'il avait à sa disposition un alcootest. Les tests de sobriété étaient donc nécessaires. [p. 189]

L'agent a pu rapidement savoir s'il existait des motifs d'exiger un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*.

Je conclus donc dans les deux cas que les mesures relevaient du pouvoir raisonnable des policiers que leur confèrent par déduction nécessaire les conditions d'application des lois provinciale et fédérale. Cependant, tel qu'indiqué précédemment, les conditions d'application d'une loi ne constitueront une restriction prescrite par une règle de droit que dans la mesure où le respect de ces conditions est incompatible avec le droit du conducteur à l'assistance d'un avocat. Cela m'amène à la partie suivante de l'analyse.

50

51

(b) The Implied Limit on the Right to Counselb) La restriction implicite du droit à l'assistance d'un avocat

52

It is important to keep in mind that compliance with s. 10(b) requires not only that detainees be informed of their right and of the means available to exercise it, but that they be provided with a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel. The question is whether there was an implied limit on such right in these cases. In *Thomsen*, this Court held that the exercise of the right to counsel was incompatible with the operational requirements underlying the demand for a sample for analysis in a roadside screening device made pursuant to s. 234.1(1) of the *Criminal Code* (now s. 254(2)). In determining that there was an implicit limitation on the right to counsel prescribed by s. 234.1(1), the Court adopted the reasoning of Finlayson J.A. in *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.), and concluded as follows, at p. 653:

That there is to be no opportunity for contact with counsel prior to compliance with a s. 234.1(1) demand is, in my opinion, an implication of the terms of s. 234.1(1) when viewed in the context of the breath testing provisions of the *Criminal Code* as a whole. A s. 234.1(1) roadside screening device test is to be administered at roadside, at such time and place as the motorist is stopped, and as quickly as possible, having regard to the outside operating limit of two hours for the breathalyzer test which it may be found to be necessary to administer pursuant to s. 235(1) of the *Code*.

In my view, it logically follows from *Thomsen* that a limit on the right to counsel is also prescribed during the roadside screening techniques utilized in these cases. If a limit on the right to counsel is prescribed during compliance with a s. 254(2) demand for a sample for analysis in the roadside screening device, then the limit must necessarily be prescribed during the screening measures preceding the demand, conducted with the very objective of determining whether there is a reasonable suspicion justifying the demand. Similarly, the limit must necessarily be prescribed during the screening measure that is the functional equivalent to the roadside screening device, namely, a technique conducted with the very objective of determining whether there are

Il importe de se rappeler que le respect de l'al. 10b) exige non seulement que les détenus soient informés de leur droit et des moyens de l'exercer, mais qu'on leur offre également une occasion raisonnable d'exercer le droit à l'assistance d'un avocat. Il s'agit de savoir si, dans les cas qui nous occupent, ce droit comportait une restriction implicite. Dans l'arrêt *Thomsen*, notre Cour a conclu que l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat était incompatible avec les conditions d'application qui sous-tendent la sommation faite en vertu du par. 234.1(1) du *Code criminel* (maintenant le par. 254(2)) pour le prélèvement d'un échantillon pour analyse au moyen d'un appareil de détection. Pour déterminer qu'il existait une restriction implicite au droit à l'assistance d'un avocat prescrite au par. 234.1(1), la Cour a adopté le raisonnement du juge Finlayson dans *R. c. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.), pour conclure en ces termes, à la p. 653 :

À mon avis, le fait qu'il ne doit pas y avoir d'occasion de communiquer avec un avocat avant d'obtempérer à la sommation faite en vertu du par. 234.1(1) découle des termes de ce paragraphe lorsqu'ils sont examinés en fonction de l'ensemble des dispositions du *Code criminel* relatives à l'alcootest. L'alcootest que prévoit le par. 234.1(1) doit être pratiqué sur le bord de la route, au moment et à l'endroit où l'automobiliste est arrêté, et aussi rapidement que possible compte tenu du délai de deux heures imparti pour l'éthylométrie qu'on peut juger nécessaire de pratiquer conformément au par. 235(1) du *Code*.

À mon avis, il découle logiquement de l'arrêt *Thomsen* qu'une restriction du droit à l'assistance d'un avocat est également prescrite pendant que l'on pratique les tests de détection routiers utilisés dans les affaires en cause. Si une restriction du droit à l'assistance d'un avocat est prescrite pendant que le conducteur obtempère à la sommation faite en vertu du par. 254(2) pour le prélèvement d'un échantillon à des fins d'analyse au moyen d'un appareil de détection, alors la restriction doit nécessairement être prescrite pendant que l'on prend les mesures de détection qui précèdent la sommation et qui sont prises justement dans le but de déterminer si un soupçon raisonnable justifie la sommation. De même, la restriction doit nécessairement être prescrite

reasonable and probable grounds justifying a s. 254(3) demand for a breath or blood sample.

I therefore conclude that the limit on the s. 10(b) rights of the drivers in both cases were “prescribed by law”. The remaining question is whether such limit is reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society.

D. *Justification for the Limit on the Right to Counsel*

There are four criteria for assessing whether a limit on a *Charter* right is reasonable and justified: (1) the objective of the law must be sufficiently important; (2) there must be a rational connection between the limit and the objective; (3) the infringement of the right must be no more than is necessary to meet the objective; and (4) there must be proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measure that limits the right or freedom protected by the *Charter* (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835).

There is no question that reducing the carnage caused by impaired driving continues to be a compelling and worthwhile government objective.

As discussed earlier, because of the nature of the activity, it is necessary that the police be empowered to use effective roadside screening methods to assess the level of impairment of drivers so as to ensure the safety of all users of the highways. Hence the use of reasonable screening methods within the scope that we have discussed, and the implicit abridgment of the right to counsel, are rationally connected to the state objective.

The infringement on the right to counsel is also no more than necessary to meet the objective. As described earlier, the scope of authorized police

pendant que l’on prend la mesure de détection qui est l’équivalent fonctionnel de l’appareil de détection, soit un moyen technique pris dans le but même de déterminer s’il existe des motifs raisonnables justifiant une sommation faite en vertu du par. 254(3) pour le prélèvement d’un échantillon d’haleine ou de sang.

Je conclus donc que dans les deux cas, les droits des conducteurs garantis par l’al. 10b) étaient « restreints [. . .] par une règle de droit ». Il reste à savoir si cette restriction est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

D. *La justification de la restriction du droit à l’assistance d’un avocat*

Quatre critères permettent de juger si une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable et justifiée : (1) l’objectif poursuivi par la loi doit être suffisamment important; (2) il doit y avoir un lien rationnel entre la restriction et l’objectif; (3) l’atteinte au droit ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l’objectif; (4) il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets salutaires des mesures restreignant un droit ou une liberté protégé par la *Charte* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835).

Il va de soi que réduire le carnage attribuable à l’alcool au volant demeure pour le gouvernement un objectif impérieux et valable.

Comme je l’ai indiqué précédemment, en raison de la nature de l’activité qu’ils exercent, les policiers doivent être habilités à employer des méthodes efficaces de détection pour évaluer le degré d’ébriété des conducteurs afin d’assurer la sécurité de tous les usagers de la route. Ainsi, le recours à des mesures de détection raisonnables à l’intérieur des paramètres que nous avons décrits, et l’atteinte implicite au droit à l’assistance d’un avocat, sont rationnellement liés à l’objectif poursuivi par l’État.

Également, l’atteinte au droit à l’assistance d’un avocat ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l’objectif. Comme je l’ai

53

54

55

56

57

measures is carefully limited to what is reasonably necessary to achieve the purpose of screening drivers for impaired driving. Further, the limitation on the right to counsel has strict temporal limits — there is no question that the motorist who is not allowed to continue on his way but, rather, is requested to provide a breath or blood sample, is entitled to the full protection of the *Charter* right to counsel.

58

Finally, the limitation meets the proportionality test. As the Crown concedes, the evidence obtained as a result of the motorist's participation without the right to counsel can only be used as an investigative tool to confirm or reject the officer's suspicion that the driver might be impaired. It cannot be used as direct evidence to incriminate the driver: see *R. v. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 (Ont. C.A.), at pp. 128-31, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiii; *R. v. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288 (Ont. C.A.); *R. v. Ellerman*, [2000] 6 W.W.R. 704 (Alta. C.A.); and *R. v. Roy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 243 (Que. C.A.). The rationale for this limitation was first set out in *Milne* and is founded on the purpose of the s. 10(b) right to counsel. This Court described the purpose of the right to counsel in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, in these words, at p. 191:

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*, [[1990] 1 S.C.R. 190] at p. 206; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77; and *Prosper* [[1994] 3 S.C.R. 236]. [Emphasis in original.]

indiqué, la portée des mesures policières permises est soigneusement limitée à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif consistant à détecter les conducteurs en état d'ébriété. De plus, la restriction du droit à l'assistance d'un avocat est strictement limitée dans le temps — il ne fait aucun doute que l'automobiliste qui n'est pas autorisé à poursuivre sa route mais qui doit fournir un échantillon d'haleine ou de sang bénéficie de l'entière protection du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*.

Enfin, la restriction respecte le critère de la proportionnalité. Comme le ministère public l'admet, la preuve obtenue grâce à la participation de l'automobiliste privé du droit à l'assistance d'un avocat peut servir uniquement de moyen d'enquête pour confirmer ou écarter les soupçons du policier quant à l'état d'ébriété du conducteur. Cette preuve ne peut servir directement à incriminer le conducteur : voir *R. c. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 (C.A. Ont.), p. 128-131, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xiii; *R. c. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288 (C.A. Ont.); *R. c. Ellerman*, [2000] 6 W.W.R. 704 (C.A. Alb.); et *R. c. Roy* (1997), 28 M.V.R. (3d) 313 (C.A. Qué.). La justification de cette restriction a d'abord été établie dans l'arrêt *Milne* et repose sur l'objet du droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b). Dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, cette Cour a décrit en ces termes l'objet du droit à l'assistance d'un avocat à la p. 191 :

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*, [[1990], 1 R.C.S. 190], p. 206; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 176 et 177; et *Prosper* [[1994], 3 R.C.S. 236]. [Souligné dans l'original.]

As noted by Moldaver J.A. in *Milne*, at p. 131, it is not difficult to find proportionality in so far as the liberty interest of the detained motorist is concerned because roadside screening techniques “take but a little time and cause only minor inconvenience to the motorist”. He stated, however, that “the same cannot be said about the ‘risk of incrimination’ component if, in fact, the motorist can be compelled to create self-incriminating evidence that can later be used at trial” (p. 131). I agree with this conclusion. As stated in *Milne*, this limitation applies only to evidence obtained from the compelled direct participation by the motorist in roadside tests and, in our case, police questioning about alcohol consumption. Moldaver J.A. explained further, at p. 132:

I am not referring to observations the officer might make of the driver while carrying out other authorized duties. Thus, by way of example, an officer may observe signs of impairment in a driver, such as a strong odour of alcohol, blood-shot and glassy eyes, dilated pupils, slurred speech, unsteadiness of gait upon the driver exiting the vehicle, or other similar signs. These observations would be admissible at trial to prove impairment.

In each case before the Court, the impugned evidence was adduced at trial solely to confirm the police officers’ grounds for making the breathalyzer demand. Each driver was informed and given the opportunity to exercise his s. 10(b) right upon arrest and before he was requested to provide incriminating evidence through breath samples. The abridgment of the s. 10(b) right was strictly confined for the purpose of roadside screening and was constitutional.

For these reasons, I conclude that while both Elias and Orbanski were detained for the purpose of s. 10(b), hence triggering the right to counsel, the operational requirements of the statutory regimes in place in Manitoba prescribed a limitation of the right to counsel. This limitation is justifiable in a free and democratic society given the importance of detecting and deterring drunk driving, the highly

Comme l’a fait remarquer le juge d’appel Moldaver dans *Milne*, p. 131, il n’est pas difficile de conclure à la proportionnalité lorsque le droit à la liberté de l’automobiliste détenu est en cause parce que les mesures de détection routières [TRADUCTION] « ne prennent que peu de temps et dérangent peu l’automobiliste ». Toutefois, le juge a affirmé que [TRADUCTION] « l’on ne peut en dire autant de l’élément ‘risque d’incrimination’ si, en fait, on peut obliger l’automobiliste à créer une preuve incriminante qui peut plus tard servir au procès » (p. 131). Je souscris à cette conclusion. Selon l’arrêt *Milne*, cette restriction s’applique uniquement à la preuve obtenue par la participation directe et obligatoire de l’automobiliste aux tests routiers et, dans le cas qui nous occupe, à l’interrogatoire du policier au sujet de la consommation d’alcool. Le juge Moldaver a ajouté l’explication qui suit, à la p. 132 :

[TRADUCTION] Je ne fais pas allusion à ce que l’agent pourrait observer du conducteur dans l’exercice d’autres fonctions autorisées. Ainsi, par exemple, un agent peut observer des signes d’ébriété d’un conducteur, comme une forte odeur d’alcool, ses yeux vitreux et injectés de sang, ses pupilles dilatées, son articulation difficile, sa démarche chancelante en sortant du véhicule, ou d’autres signes semblables. Ces observations seraient admissibles au procès pour prouver l’état d’ébriété.

Dans les deux affaires dont notre Cour est saisie, la preuve attaquée a été présentée au procès uniquement pour confirmer les motifs du policier pour exiger l’alcooltest. Chaque conducteur a été informé de son droit garanti par l’al. 10(b) et a eu l’occasion de l’exercer lorsqu’il a été arrêté et avant qu’on lui demande de fournir des éléments de preuve incriminants au moyen d’échantillons d’haleine. L’atteinte au droit garanti à l’al. 10(b) a été limitée strictement aux mesures de détection routières et était constitutionnelle.

Pour ces motifs, je conclus que même si MM. Elias et Orbanski étaient détenus et que l’al. 10(b) s’appliquait et leur donnait dès lors droit à l’assistance d’un avocat, les conditions d’application des régimes législatifs en place au Manitoba prescrivait une restriction au droit à l’assistance d’un avocat. Cette restriction est justifiable dans le cadre d’une société libre et démocratique, compte tenu de

59

60

regulated nature of driving on public roads, the limits placed by the common law on the types of screening that can be conducted at the roadside, and the limited use that can be made of the compelled evidence collected during the screening process.

E. *Section 24(2) Exclusion of Evidence*

61 Since the limitation on the rights of the accused were prescribed by law and were justifiable under s. 1 of the *Charter*, there is no need to determine if the evidence obtained during the roadside questioning and sobriety tests should nonetheless be admitted under s. 24(2).

VI. Disposition

62 The appeal in *Orbanski* is dismissed and the order for a new trial is confirmed. The Crown's appeal in *Elias* on the question of the s. 10(b) infringement of the *Charter* is allowed and the order for a new trial is confirmed. In accordance with the judgment of this Court dated February 12, 2004, Mr. Elias is awarded his costs of the appeal on a solicitor-client basis. His request for leave to cross-appeal is denied.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting in *Elias*) —

I. Introduction

63 In the *Orbanski* case, I agree that the appeal should be dismissed and that the order for a new trial should stand. With respect, though, I adopt the path chosen by the Manitoba Court of Appeal. In short, the action of the police at the roadside infringed s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Neither statute nor common law limited the appellant's *Charter* rights. As a result,

l'importance de détecter la conduite en état d'ébriété et de dissuader ce comportement, de la nature hautement réglementée de la conduite d'un véhicule sur les routes, des limites imposées par la common law à l'égard des mesures de détection susceptibles d'être prises au bord de la route et des fins limitées auxquelles peut servir l'élément de preuve auto-incriminant recueilli au cours du processus de détection.

E. *L'exclusion de la preuve fondée sur le par. 24(2)*

Puisque la restriction aux droits de l'accusé était prescrite par une règle de droit et était justifiable au regard de l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de déterminer si la preuve obtenue lors de l'interrogatoire et de l'administration des tests de sobriété au bord de la route devrait néanmoins être admise sous le régime du par. 24(2).

VI. Dispositif

Le pourvoi dans *Orbanski* est rejeté et l'ordonnance d'un nouveau procès est confirmée. Le pourvoi formé par le ministère public dans *Elias* concernant la question de l'atteinte au droit garanti par l'al. 10b) de la *Charte* est accueilli et l'ordonnance d'un nouveau procès est confirmée. Conformément au jugement qu'elle a rendu le 12 février 2004, la Cour accorde à M. Elias ses dépens de l'appel sur une base avocat-client. Sa demande d'autorisation d'interjeter un pourvoi incident est rejetée.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident dans *Elias*) —

I. Introduction

Dans l'affaire *Orbanski*, je suis aussi d'avis que le pourvoi devrait être rejeté et l'ordre de tenir un nouveau procès confirmé. Avec égards, cependant, j'adopte le raisonnement suivi par la Cour d'appel du Manitoba. En résumé, l'intervention de la police au bord de la route portait atteinte à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ni les textes législatifs ni la common law ne limitaient

the infringement was unjustified. Nevertheless, despite the conscriptive nature of the evidence, a proper interpretation and application of s. 24(2) of the *Charter* require that it be admitted. In the *Elias* case, I would dismiss the Crown's appeal. I would hold that there was an unjustified breach of s. 10(b) of the *Charter*. Given the particular and limited nature of the appeal, this outcome would have no effect on the decision of the Manitoba Court of Appeal to order a new trial.

The facts and the judicial history of these cases are set out in my colleague's reasons. I will return to them only as required by specific aspects of my reasons. I will begin by dealing with the problem of the infringement of s. 10(b) of the *Charter*. I will then turn to the exclusion of evidence and the application of s. 24(2), but only in respect of the *Orbanski* appeal, because our Court denied Mr. Elias leave to cross-appeal.

II. The Infringement of Section 10(b) Rights

The relevant facts are not in dispute. I will briefly review them first in *Orbanski* and then in *Elias*.

At the roadside, a police officer asked Orbanski to perform sobriety tests. The officer told Orbanski that the tests were voluntary and that he could contact a lawyer, although he did not give him the standard *Charter* warning and did not inform him that duty counsel or legal aid was available. Orbanski declined to call a lawyer and performed the sobriety tests. He failed them and was arrested for impaired driving. At the RCMP detachment, after he had been read his rights and had spoken to a lawyer, he failed the breathalyzer test. He was then charged with impaired driving and driving over the legal limit.

At trial, the issue became partly one of exclusion of evidence. Orbanski asked the trial judge to

les droits reconnus à l'appelant par la *Charte*. Par conséquent, l'atteinte était injustifiée. Pourtant, en dépit du fait qu'elle a été obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, la preuve devrait être admise selon une interprétation et une application correctes du par. 24(2) de la *Charte*. Dans l'affaire *Elias*, je rejeterais le pourvoi du ministère public. Je conclurais qu'il y a eu violation injustifiée de l'al. 10(b) de la *Charte*. Étant donné la nature particulière et limitée du pourvoi, ce résultat n'aurait aucun effet sur la décision de la Cour d'appel du Manitoba d'ordonner un nouveau procès.

Les faits et l'historique judiciaire de ces affaires sont exposés dans les motifs de ma collègue. Je n'y reviendrai que lorsque l'exigent des aspects spécifiques de mes motifs. Je traiterai tout d'abord du problème de la violation de l'al. 10(b) de la *Charte*. J'examinerai ensuite l'exclusion de la preuve et l'application du par. 24(2), mais seulement dans le pourvoi *Orbanski*, parce que notre Cour a refusé d'autoriser le pourvoi incident de M. Elias.

II. L'atteinte aux droits prévus à l'al. 10b)

Les faits pertinents ne soulèvent aucune contestation. Je les rappellerai brièvement — d'abord ceux de l'affaire *Orbanski* et ensuite, ceux de l'affaire *Elias*.

Au bord de la route, un agent de police a demandé à M. Orbanski de se soumettre à des tests de sobriété. L'agent lui a dit qu'il n'était pas tenu de s'y soumettre et qu'il pouvait communiquer avec un avocat, mais sans lui faire la mise en garde habituelle relative à la *Charte* et sans l'informer qu'il pouvait consulter un avocat de service ou un avocat de l'aide juridique. M. Orbanski a renoncé à appeler un avocat et il s'est soumis aux tests de sobriété, qu'il a échoués. Il a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies. Au poste de la GRC, après qu'on l'eut informé de ses droits et qu'il eut parlé à un avocat, il a échoué l'alcootest. Il a alors été accusé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise.

Au procès, le débat a notamment porté sur l'exclusion de la preuve. M. Orbanski a demandé au

64

65

66

67

exclude, under s. 24(2), the evidence of the failed sobriety tests and the breathalyzer readings, because of the infringement of his s. 10(b) rights at the roadside. The Crown responded first that, if there had been an infringement, it had resulted from a limit prescribed by law, either by statute or by common law rules, and that the limit was justified under s. 1. In addition, it is the Crown's position that even if it had been unable to justify the infringement, the evidence should not have been excluded.

68

As for Elias, two police officers observed him leaving a Winnipeg hotel late one winter night and driving away. He was stopped. An officer smelled alcohol. Questions were put to Elias about his drinking. He failed a screening test, was arrested and informed of his rights and, after speaking to a lawyer, underwent the breathalyzer test, after which he was charged with impaired driving and driving while over the legal limit. After a trial, at which he was acquitted, and subsequent appeals, a majority of the Manitoba Court of Appeal found, as in *Orbanski*, that there had been an unjustified infringement of his s. 10(b) rights. The same majority then considered the issue of exclusion of evidence. It decided that the results of the screening device test and the breathalyzer test should have been admitted in evidence. One judge, in dissent, would have found no infringement of *Charter* rights. As a result, the Court of Appeal affirmed the judgment of the summary conviction appeal judge quashing the acquittal and ordering a new trial.

69

It is thus necessary in both appeals to determine whether there is a "limi[t] prescribed by law", in the words of s. 1 of the *Charter*. If not, there is no justification for the infringement of the right to counsel. In my view, there is no such limit here. While the Crown concedes that the relevant Manitoba statute does not expressly limit the right to counsel, it asserts that such a limit flows impliedly from the statute and from the operational requirements of the interlocking provincial and federal schemes

juge du procès, en se fondant sur le par. 24(2), d'exclure la preuve de l'échec aux tests de sobriété et les résultats de l'alcootest en raison de la violation, au bord de la route, de ses droits garantis à l'al. 10b). Le ministère public a répondu, premièrement, que si une telle violation s'était produite, elle découlait d'une restriction prescrite par une règle de droit, établie soit dans un texte législatif, soit par la common law, et que la restriction était justifiée conformément à l'article premier. En outre, le ministère public fait valoir que la preuve n'aurait pas dû être exclue, même s'il n'avait pas réussi à justifier la violation.

En ce qui concerne M. Elias, deux agents de police l'ont vu quitter un hôtel de Winnipeg tard dans la nuit, l'hiver et prendre le volant. Ils l'ont interpellé. Un agent a senti une odeur d'alcool. Les policiers ont demandé à M. Elias s'il avait bu. Il a échoué le test effectué au moyen d'un appareil de détection, a été arrêté et informé de ses droits. Après avoir parlé avec un avocat, il a subi l'épreuve de l'alcootest et a été accusé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise. Après un procès qui s'est terminé par un acquittement et les appels subséquents, la Cour d'appel du Manitoba à la majorité a conclu, comme dans l'affaire *Orbanski*, à une atteinte injustifiée à ses droits énoncés à l'al. 10b). La même majorité a ensuite étudié la question de l'exclusion de la preuve. Elle a conclu que la preuve fournie par l'appareil de détection et par l'alcootest aurait dû être admise. Le juge dissident n'aurait pas conclu à une atteinte aux droits prévus par la *Charte*. La Cour d'appel a ainsi confirmé le jugement du juge d'appel des poursuites sommaires, qui avait annulé le verdict d'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Il faut ainsi déterminer, dans les deux pourvois, si les droits des accusés ont été « restreints [. . .] par une règle de droit », selon le libellé de l'article premier de la *Charte*. Si tel n'est pas le cas, l'atteinte au droit à l'assistance d'un avocat n'est pas justifiée. À mon avis, les droits des accusés n'ont pas été restreints en l'espèce. Le ministère public a admis que la loi du Manitoba en cause ne restreint pas expressément le droit à l'assistance d'un avocat. Il soutient cependant que telle restriction découle

to control and deter drunk driving. It also invokes common law rules governing the duties and powers of police officers. Most respectfully, this argument is essentially a utilitarian one based on expediency rather than legal principles. Drunk driving is evil. Drunk driving is dangerous. Drunk drivers must be swiftly taken off the road. If there is something missing in the statute, let us read in the necessary powers. Failing that, let us go to the common law and find or create something there.

It is not appropriate to adopt a strained legal interpretation to sidestep inconvenient *Charter* rights for the greater good. Curtailing *Charter* protections through the inventive use of the law-making powers of the courts is even less acceptable. Doing so turns the country's legal system upside down. Ironically enough, while *Charter* rights relating to the criminal justice system were developed by the common law, the common law would now be used to trump and restrict them.

There is no doubt that drunk driving is an evil and a serious danger. Nevertheless, it is not the only such problem that the criminal law and the criminal justice system must address. A criminal code does not address the most savoury aspects of human life, nor does it usually deal with paragons of virtue. The criminal law is concerned with child molesters, killers, small- and big-time thieves, drug traffickers, arsonists, terrorists or gangs, drunk drivers and more. Its purpose is to deter and, where deterrence fails, to punish the guilty. Unfortunately, on occasion, its net catches an innocent suspect or accused, as courts have had to acknowledge from time to time. Thus, the criminal law and now the *Charter* have given rise to principles, rules and processes, which normally govern the operation of the criminal justice system regardless of who the accused is or what charges he is facing. State action is constrained. Law enforcement moves less smoothly and efficiently in

implicitement de la loi en question et des conditions d'application des régimes provincial et fédéral inter-reliés visant à réprimer la conduite en état d'ébriété et à en dissuader les citoyens. Il invoque également les règles de la common law régissant les devoirs et attributions des agents de police. Avec beaucoup d'égards, l'argument devient essentiellement utilitaire et repose sur la commodité et non sur le droit. La conduite en état d'ébriété est un fléau. Elle est dangereuse. Il faut retirer rapidement de la route les conducteurs ivres. S'il y a une lacune dans le texte de loi, considérons les pouvoirs nécessaires comme en faisant implicitement partie. À défaut, tournons-nous vers la common law, et trouvons-y ce qu'il faut ou créons-le.

On ne saurait recourir à une interprétation juridique forcée pour esquiver, au nom d'un bien supérieur, des droits encombrants prévus par la *Charte*. Restreindre les protections établies dans la *Charte* par l'exercice inventif des pouvoirs législatifs des tribunaux est encore moins acceptable. Tout le système juridique du pays s'en trouverait bouleversé. Assez ironiquement, alors que les droits prévus à la *Charte* en ce qui a trait au système de justice pénale ont été élaborés par la common law, on utiliserait maintenant cette même common law pour les court-circuiter et les restreindre.

La conduite en état d'ébriété constitue un fléau et un grave danger, cela ne fait aucun doute. Il ne s'agit cependant pas du seul problème de ce genre que le droit criminel et le système de justice pénale doivent affronter. Un code criminel ne vise pas les aspects les plus sympathiques de la vie humaine, et il ne s'adresse habituellement pas à des parangons de vertu. Le droit criminel s'intéresse aux agresseurs d'enfants, aux tueurs, aux petits et aux grands voleurs, aux trafiquants de drogue, aux incendiaires, aux terroristes ou aux gangs, aux conducteurs en état d'ébriété, etc. Il vise à dissuader, et lorsque la dissuasion échoue, à punir le coupable. Malheureusement, il arrive qu'un suspect ou un accusé innocent soit pris dans ses filets, comme les tribunaux ont dû le reconnaître à l'occasion. Le droit criminel, et plus récemment la *Charte*, ont ainsi donné naissance à des principes, à des règles et à des mécanismes qui régissent normalement le fonctionnement du

70

71

the views of some. At least, after a few centuries, the path of the criminal law no longer leads from the gloom and filth of Newgate to a dance in the sky at Tyburn after a brief encounter with a hanging judge. As things stand, the criminal process, even in respect of drunk drivers, is governed by principles of fundamental justice that are set out clearly in the *Charter*.

système de justice pénale — peu importe qui est l'accusé, peu importe les accusations qui pèsent sur lui. L'intervention de l'État est soumise à des restrictions. L'application de la loi, aux yeux de certains, en est moins fluide, moins efficace. Mais au moins, quelques siècles plus tard, le chemin du droit criminel ne conduit plus des cellules sombres et crasseuses de la prison de Newgate à une danse dans le ciel de Tyburn après une rencontre expéditive avec un juge impitoyable, amateur de pendaison. Dans l'état actuel des choses, le processus pénal, même pour les conducteurs en état d'ébriété, demeure régi par les principes de justice fondamentale clairement énoncés dans la *Charte*.

72 It is tempting to view the question of the right to counsel as nitpicking and equivalent to quibbling about the number of angels on a pinhead. The right to counsel cannot be reduced to such concerns, as our Court has constantly held in cases where the right to counsel or the right to silence have been at stake under s. 7 and s. 10 of the *Charter*.

Il est tentant de considérer les discussions sur la question du droit à l'assistance d'un avocat comme des chinoiseries, des arguties sur le sexe des anges. Or le droit à l'assistance d'un avocat ne saurait être réduit à de telles considérations, comme notre Cour l'a constamment rappelé dans des décisions portant sur ce droit ou sur le droit de garder le silence, au regard des art. 7 et 10 de la *Charte*.

73 Lamer C.J. stressed the importance of this right ten years ago in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173. In his view, s. 10(b) of the *Charter* has a dual purpose of ensuring that detainees are informed about their rights and obligations and that they receive adequate information as to how to exercise those rights or fulfill those obligations:

Le juge en chef Lamer a souligné l'importance de ce droit il y a dix ans dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173. Selon lui, l'al. 10b) de la *Charte* possède un double objet, soit d'informer les personnes détenues de leurs droits et obligations, et de veiller à ce qu'elles reçoivent une information adéquate quant à la façon d'exercer ces droits ou de s'acquitter de ces obligations :

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 fulfill 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;

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

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. [Emphasis in original; p. 191.]

Our Court has never deviated from this doctrine. Its jurisprudence recognizes that “the right to counsel under s. 10(b) is about providing detainees with meaningful choices . . .” (*Bartle*, at p. 193). Detention triggers this basic constitutional right. A violation of the right is a breach of the *Charter*, unless it is justified by a rule of law.

As I mentioned above, the Crown does not dispute that, on the facts of these cases, Orbanski and Elias were denied their rights while being detained at the roadside. For example, in the *Orbanski* case, the information provided by the police officer did not satisfy the information requirement set out in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, although the detainee was told that he could call a lawyer, which he declined to do. The Crown argues at this point that there is a rule of law which limits the right to counsel. In my colleague’s view, the relevant statutes do not include such a rule; its existence derives, rather, from the “operational requirements” of the control of driving and traffic, as well as of roadside screening.

In the end, the rule would be found in the common law powers of police officers and would be justified under s. 1 of the *Charter*.

The rule is thus said to flow from the statutory authority of a police officer to stop vehicles in order to check the sobriety of drivers. For this purpose, the officer is not limited to visual observation of the drivers, but may ask them to undergo sobriety tests or to answer questions about their alcohol intake, as in the cases of Mr. Orbanski and Mr. Elias. The authority for such requests is said to derive first from the operational requirements of the relevant statutes. In addition, it is said to be authorized by the

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. [Souligné dans l’original; p. 191.]

Notre Cour n’a jamais dévié de cette doctrine. Sa jurisprudence reconnaît que « l’objet du droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) est de [. . .] permettre [à la personne détenue] de faire un choix valable . . . » (*Bartle*, p. 193). La détention fait entrer en jeu ce droit constitutionnel fondamental. La violation de ce droit est contraire à la *Charte*, à moins qu’elle soit justifiée par une règle de droit.

Comme je l’ai mentionné, le ministère public ne conteste pas le fait que dans les présentes affaires, MM. Orbanski et Elias se sont vu refuser l’exercice de leurs droits pendant qu’ils étaient détenus au bord de la route. Par exemple, dans l’affaire *Orbanski*, les renseignements donnés par l’agent de police ne satisfaisaient pas à l’exigence énoncée dans *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, même si on a dit au détenu qu’il pouvait appeler un avocat, ce qu’il n’a pas voulu faire. Le ministère public plaide à cet égard qu’il existe une règle de droit qui limite le droit à l’assistance d’un avocat. Selon ma collègue, les lois en cause ne prévoient pas une telle règle; son existence découle plutôt des « conditions d’application » de la réglementation sur la conduite et la circulation et de celle relative à la détection routière.

En dernière analyse, la règle en question résiderait dans les pouvoirs conférés aux agents de police par la common law et serait justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

Cette règle découlerait du pouvoir conféré par la loi aux agents de police d’intercepter des véhicules afin de vérifier la sobriété des conducteurs. À cette fin, le pouvoir des agents ne se limite pas à l’observation visuelle du conducteur; ils peuvent lui demander de se soumettre à des tests de sobriété ou de répondre à des questions sur sa consommation d’alcool, comme ils l’ont fait dans les cas de M. Orbanski et de M. Elias. Le pouvoir de formuler de telles demandes tiendrait en premier lieu des

74

75

76

77

common law rules regarding the discharge of the duties of police officers.

78 The argument based on so-called operational requirements of the statutes is an ambiguous one. Further reflection about its nature, basis and potential effects might be useful. This concept was discussed in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, in which our Court interpreted s. 234.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 254(2)). The operational requirements concept was used as an interpretive aid to read a limit on the rights of motorists detained at the roadside into the *Criminal Code* (p. 653). The limit was nevertheless based on the words of the statute, interpreted broadly in their context and in accordance with their purpose. The operational requirements of a statute do not somehow stand apart from the statute as a distinct source of legal powers and obligations somewhere between statute law and common law.

79 In the present appeal, contrary to the situation in *Thomsen*, the power to request sobriety tests or to put questions to the driver regarding his or her consumption is found nowhere in the statutes, not even implicitly or by giving them a broad interpretation. The operational requirements are not used to interpret the statute but seem to merge into the content of and justification for the common law rule, which, according to the Crown's argument, already exists and would in any event authorize the action of the police officers on the street or at the roadside.

80 In the absence of a statutory basis, the operational requirement argument seems to relate more to the justification for a limit than to the existence of the limit. This argument appears to flow from the premise that a particular limitation on constitutional rights is necessary. Because it is necessary, the courts will then create it. At the last stage of this

conditions d'application des lois pertinentes. En outre, il serait autorisé par les règles de la common law concernant l'exécution de leurs fonctions par les agents de police.

L'argument fondé sur de soi-disant conditions d'application des textes législatifs demeure ambigu. Il serait sans doute utile de tenter d'en approfondir la nature, le fondement et les effets possibles. Cette notion a été analysée dans *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640. Notre Cour a alors interprété le par. 234.1(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 254(2)). À cette occasion, elle a eu recours à la notion de conditions d'application pour considérer, par interprétation, que le *Code criminel* contenait implicitement une restriction des droits des automobilistes détenus au bord de la route (p. 653). La restriction n'en restait pas moins fondée sur le libellé du texte législatif, interprété d'une façon large, dans son contexte et en conformité avec son objet. Il ne s'agissait pas d'un cas où les conditions d'application d'une loi étaient complètement extérieures à celle-ci, formant une source distincte de pouvoirs et d'obligations juridiques qui se situeraient quelque part entre le texte législatif et la common law.

Dans le présent pourvoi, contrairement à la situation sur laquelle portait l'arrêt *Thomsen*, le pouvoir de demander à un conducteur de se soumettre à des tests de sobriété ou de l'interroger sur sa consommation d'alcool ne figure nulle part dans les textes législatifs, même implicitement ou selon une interprétation large. Les conditions d'application ne sont pas utilisées pour interpréter le texte législatif; elles semblent plutôt se fondre dans la teneur et la justification de la règle de common law qui, selon l'argument du ministère public, existe déjà et autoriserait de toute façon la mesure que prennent les agents de police sur la rue ou au bord de la route.

En l'absence d'un fondement législatif, l'argument des conditions d'application paraît relié davantage à la justification d'une restriction qu'à l'existence de celle-ci. Cet argument découle apparemment de la prémisse suivant laquelle une restriction particulière de certains droits constitutionnels est nécessaire. Parce que cette restriction est nécessaire, les

process, these same courts will determine whether the limit they have placed on constitutional rights can be justified under s. 1 of the *Charter* on the basis of the same necessity which was used to justify the creation of the limit. Circularity is the hallmark of this chain of reasoning, which appears to conflate the process of creating the common law rule with the process of justifying it. The difficulties attendant on such a process appear to confirm the need for prudence in exercising judicial powers to develop the common law in areas which are highly regulated and where Parliament and the legislatures have been active.

The adoption of a rule limiting *Charter* rights on the basis of what amounts to a utilitarian argument in favour of meeting the needs of police investigations through the development of common law police powers would tend to give a potentially uncontrollable scope to the doctrine developed in the *Waterfield-Dedman* line of cases, which — and we sometimes forget such details — the court that created it took care not to apply on the facts before it (*R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.)). The doctrine would now be encapsulated in the principle that what the police need, the police get, by judicial fiat if all else fails or if the legislature finds the adoption of legislation to be unnecessary or unwarranted. The courts would limit *Charter* rights to the full extent necessary to achieve the purpose of meeting the needs of the police. The creation of and justification for the limit would arise out of an initiative of the courts. In the context of cases such as those we are considering here, this kind of judicial intervention would pre-empt any serious *Charter* review of the limits, as the limits would arise out of initiatives of the courts themselves.

We must bear in mind the differing constitutional functions and responsibilities of the courts on the one hand, and of legislatures on the other. Also, legislatures are better equipped to investigate and assess the need for enhanced police powers

tribunaux vont alors la créer. À la dernière étape de la démarche, les mêmes tribunaux détermineront si cette restriction des droits constitutionnels peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*, et invoqueront la nécessité qui a déjà servi à justifier la création de cette restriction. Ce raisonnement, qui porte l'empreinte de la circularité, paraît amalgamer le mécanisme de la création de la règle de common law et le mécanisme par lequel on la justifiera. Les difficultés que cela suscite semblent confirmer la nécessité d'aborder avec prudence l'exercice de pouvoirs judiciaires pour élaborer la common law dans des domaines fortement réglementés où le Parlement comme les législateurs provinciaux se sont montrés actifs.

L'adoption d'une règle restreignant des droits énoncés à la *Charte* sur la base de ce qui revient à un argument utilitaire fondé sur les besoins des enquêtes policières, par l'élaboration de pouvoirs policiers en common law, tend à conférer une portée potentiellement incontrôlable à la doctrine élaborée dans les arrêts *Waterfield* et *Dedman* alors que — nous oublions parfois de tels détails — le tribunal qui l'a créée avait bien pris soin de ne pas l'appliquer aux faits dont il était saisi (*R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.)). Cette doctrine se résumerait maintenant au principe suivant lequel la police obtient les pouvoirs dont elle a besoin, par décision judiciaire si les autres moyens échouent ou si le législateur juge qu'il serait inutile ou injustifié d'adopter une loi. Les tribunaux restreindraient les droits énoncés à la *Charte* dans toute la mesure nécessaire pour réaliser l'objectif consistant à répondre aux besoins des policiers. La création de la restriction et sa justification se feraient à l'initiative des tribunaux. Dans le contexte d'affaires comme celles sur lesquelles nous avons maintenant à statuer, le fait d'envisager ce type d'intervention judiciaire empêcherait tout examen sérieux des restrictions à la lumière de la *Charte*, puisqu'elles auraient leur origine dans des initiatives des tribunaux eux-mêmes.

Il ne faut pas perdre de vue les différentes fonctions et responsabilités constitutionnelles des tribunaux, d'une part, et du législateur, d'autre part. De même, le législateur est mieux en mesure d'examiner et d'évaluer la nécessité d'accorder plus de

and to integrate required changes into the relevant statutory scheme as a whole. In this constitutional context, where the use of the operational requirement concept is relevant, a more prudent approach to the interplay between the concept and *Charter* values and rules would appear to be advisable. Otherwise, the lodestar of our constitutional law would become the needs of the police, which would be a new coda to the old Latin dictum “*Salus reipublicae suprema lex*”. In the present appeals, this is in fact the gist of the prosecution’s argument. It comes down to a few propositions: By statute, the police already have the undisputed power to stop drivers at the roadside. They have the duty and power to check the drivers’ sobriety. For this purpose, they must be authorized to conduct case-specific investigations in the course of which they must be allowed to use the most appropriate methods in the circumstances. Although it is conceded that drivers are under no obligation to perform the tests or to answer the questions, for the sake of investigative efficiency they must not be reminded of their constitutional rights. There appears to be some concern that they might otherwise choose to exercise them. Counsel for one of the interveners said as much at the hearing:

... to sum it up, simply put, if they [randomly stopped drivers] were warned, just like if they were advised of their right to counsel, they might very well choose not to answer or not to participate. . . . [Transcript, at p. 82]

In this manner, effective law enforcement would come to depend on individuals’ ignorance of their legal rights. It might be useful to reflect on the very apposite comments of Fish J.A., writing for a unanimous Quebec Court of Appeal in *R. v. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248:

Clearly, the police are no more required to *insist* on consultation with counsel than to *impose* the right to silence. Holding the police to unacceptably onerous requirements would be unfair, unwise and, very likely, counter-productive.

pouvoirs aux policiers et d’intégrer les modifications requises dans l’ensemble du régime législatif applicable. Dans ce contexte constitutionnel, si le recours à la notion de conditions d’application s’avère indiqué, il semblerait dès lors judicieux d’adopter une approche plus prudente à l’égard de l’interaction entre cette notion et les valeurs et règles de la *Charte*. Sinon, notre droit constitutionnel évoluerait en fonction des besoins de la police — une nouvelle variation sur la vieille maxime latine « *Salus reipublicae suprema lex* ». C’est en cela que consiste pour l’essentiel la thèse du ministère public dans les présents pourvois. Cette thèse se résume en quelques propositions : selon la législation, les policiers détiennent déjà le droit indiscuté d’intercepter les conducteurs au bord de la route. Ils ont le devoir et le pouvoir de vérifier leur sobriété. À cette fin, ils doivent être autorisés à procéder aux vérifications exigées par la situation, au cours desquelles il faut leur permettre de recourir aux méthodes les plus appropriées dans les circonstances. Bien qu’on reconnaisse que les conducteurs ne sont pas tenus de subir les tests ou de répondre aux questions, l’efficacité des contrôles exige qu’on ne leur rappelle pas leurs droits constitutionnels. On semble craindre que, informés de ces droits, ils puissent choisir de les exercer. C’est ce qu’a déclaré l’avocat d’un des intervenants à l’audience :

[TRADUCTION] ... pour résumer, et pour l’exprimer simplement, s’ils [les conducteurs interceptés au hasard] étaient avisés, tout comme s’ils avaient été informés de leur droit à l’assistance d’un avocat, ils pourraient très bien choisir de ne pas répondre ou de ne pas participer. . . [Transcription, p. 82]

L’efficacité de l’application de la loi en viendrait ainsi à dépendre du fait que les conducteurs ignorent leurs droits. On pourrait utilement réfléchir à ces observations on ne peut plus pertinentes du juge Fish, qui s’exprimait ainsi au nom d’une Cour d’appel du Québec unanime dans *R. c. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248 :

[TRADUCTION] De toute évidence, la police n’est pas davantage tenue d’*insister* sur la consultation d’un avocat que d’*imposer* le droit au silence. Il serait injuste, malavisé et très probablement contre-productif d’astreindre la police à des exigences trop grandes.

None the less, the right to counsel is now constitutionally entrenched and I see no evil, practical or philosophical, in an officer ensuring that it has been respected. If it has, confirmation by the officer will protect the integrity of his evidence; if not, his inquiry might at least prevent an inadvertent constitutional breach.

In *R. v. Jacoy* . . . [1988] 2 S.C.R. 548 [at p. 563] . . . , and again in *R. v. Debot*, . . . [1989] 2 S.C.R. 1140 [at p. 1173], Madam Justice Wilson said, “The right to counsel is surely the main safeguard to the citizen that his or her other rights will be respected”. If the exercise of this right is a threat to our system of justice, then our system of justice, not the right to counsel, should be openly and honestly questioned. [Emphasis in original; p. 254.]

Granting a power to police which does not impose a corresponding duty on the citizen to cooperate with the investigation can hardly be said to create a rule of law for the purposes of s. 1 of the *Charter*. The refusal of my colleague Charron J. to give such a scope to a police power under the common law suggests that the existence of a highly regulated environment on public roads and of interlocking and cooperative federal and provincial schemes in this area calls for a solution other than the creation of common law powers through judicial intervention. The existence of complex legislative and regulatory systems and a tradition of frequent and proactive intervention by Parliament and the provincial legislatures point in the opposite direction. The situation is completely different from those where our Court felt the need to develop common law rules in respect of police actions when there were gaps of long standing in the law, as was the case with the investigative detention of passers-by in *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, or with strip searches in *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83. A number of legislatures have already dealt with the gap at issue in the present appeals (see, for example, *Highway Safety Code*, R.S.Q., c. C-24.2, s. 636.1; *R. v. Tremblay* (1995), 105 C.C.C. (3d) 91 (Que. C.A.)). In Manitoba itself, the legislature had at the time of the hearing adopted amendments to *The Highway Traffic Act*, S.M. 1985-86, c. 3, C.C.S.M. c. H60, in the *Highway Traffic Amendment Act (Police Powers Respecting Unsafe Drivers and Miscellaneous*

Néanmoins, le droit à l’assistance d’un avocat est maintenant inscrit dans la Constitution et je ne vois rien de mal, sur les plans pratique ou philosophique, à ce qu’un agent s’assure qu’il ait été respecté. S’il l’a été, la confirmation obtenue par l’agent protégera l’intégrité de la preuve recueillie; s’il ne l’a pas été, cette vérification pourrait au moins empêcher qu’un droit constitutionnel soit violé par inadvertance.

Dans l’arrêt *R. c. Jacoy* [. . .] [1988] 2 R.C.S. 548 [p. 563] [. . .], et aussi dans l’arrêt *R. c. Debot*, [. . .] [1989] 2 R.C.S. 1140 [p. 1173], Madame la juge Wilson a déclaré : « Le droit à l’assistance d’un avocat est certainement, pour le citoyen, la principale garantie que ses autres droits seront respectés ». Si l’exercice de ce droit est une menace pour notre système de justice, c’est notre système de justice, et non le droit à l’assistance d’un avocat, qui devrait être ouvertement et honnêtement remis en question. [Souligné dans l’original; p. 254.]

Il serait difficile de prétendre que le fait d’octroyer à la police un pouvoir qui n’impose pas au citoyen une obligation correspondante de coopérer à l’enquête établit une règle de droit, au sens de l’article premier de la *Charte*. Le refus de ma collègue la juge Charron de conférer une telle portée à un pouvoir policier découlant de la common law donne à penser que la présence d’un contexte de réglementation très poussée sur les routes publiques ainsi que de régimes fédéraux et provinciaux fondés sur l’interrelation et la coopération dans ce domaine exigent une solution autre que la création de pouvoirs de common law par l’intervention judiciaire. La présence de systèmes législatifs et de réglementation complexes ainsi qu’une tradition d’intervention fréquente et proactive de la part du Parlement et des législateurs provinciaux indiquent plutôt l’autre direction. La situation diffère totalement de celles où notre Cour a ressenti le besoin d’élaborer certaines règles de common law en matière d’action policière lorsqu’il y avait depuis longtemps des failles dans le droit, comme dans le cas de la détention de passants aux fins d’enquête dans *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, ou des fouilles à nu dans *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83. Dans certaines provinces, le législateur a déjà agi pour combler la faille en cause dans les présents pourvois (voir, par exemple, le *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 636.1; *R. c. Tremblay* (1995), 21 M.V.R. (3d) 201 (C.A. Qué.)). Au Manitoba même, le législateur avait, lors de l’audience, adopté

Amendments), S.M. 2004, c. 11. The amendments came into force on December 18, 2004. Among other things, the amendments grant police officers the power to require that detained drivers perform sobriety tests or answer questions about their alcohol consumption. Failure to cooperate has become a provincial offence. Moreover, s. 76.1(6) of the *Highway Traffic Act* expressly suspends the right to counsel during those investigations. It relieves the police officer of the obligation to read the driver his rights under s. 10(b) of the *Charter*.

des modifications au *Code de la route*, L.M. 1985-86, ch. 3, C.P.L.M. ch. H60, dans la *Loi modifiant le Code de la route (pouvoirs de la police concernant les conducteurs dangereux et modifications diverses)*, L.M. 2004, ch. 11. Ces modifications, entrées en vigueur le 18 décembre 2004, confèrent notamment aux agents de police le pouvoir d'ordonner aux conducteurs détenus de se soumettre à des tests de sobriété ou de répondre à des questions sur leur consommation d'alcool. Le refus de coopérer est devenu une infraction provinciale. D'autre part, le par. 76.1(6) du *Code de la route* suspend expressément le droit à l'assistance d'un avocat pendant ces vérifications. Cette disposition libère l'agent de police de l'obligation d'informer le conducteur de ses droits en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*.

84 These provisions are clear. They state legal rules which grant powers or impose obligations. They place limits on *Charter* rights. Those limits may be challenged, and I do not intend to express premature views about the outcome of such a challenge. Nevertheless, these provisions would place a court in a better position to inquire into proper limits on the relevant constitutional rights and to decide whether the limits meet the proper standards. As things now stand in the two cases now before us, in order to secure the conviction of Mr. Orbanski, which could not be successfully challenged on other grounds anyway, and to answer a hypothetical question in the case of Mr. Elias, our Court makes a needless foray into territory that would have been better left to the legislature.

Les dispositions sont claires. Elles énoncent des règles de droit qui octroient des pouvoirs ou imposent des obligations. Elles instaurent des restrictions aux droits prévus par la *Charte*. Ces restrictions pourraient être attaquées et je n'ai pas l'intention d'exprimer un point de vue prématuré quant à l'issue d'éventuelles contestations. Il n'en demeure pas moins que, dans le contexte de ces dispositions, les tribunaux seraient mieux en mesure d'examiner le caractère approprié des restrictions aux droits constitutionnels en cause, et de décider si elles satisfont aux normes applicables. Dans l'état actuel des deux affaires qui nous occupent, pour obtenir à l'égard de M. Orbanski une condamnation qui, en tout cas sur la base d'autres motifs, ne pourrait pas être attaquée avec succès, et pour répondre à une question hypothétique dans le cas de M. Elias, notre Cour s'engage inutilement sur un terrain qu'il aurait mieux valu laisser au législateur.

III. The Exclusion of Evidence and Section 24(2) of the *Charter*

III. L'exclusion de la preuve et le par. 24(2) de la *Charte*

85 As I mentioned above, the issue of the exclusion of the evidence under s. 24(2) of the *Charter* arises only in the *Orbanski* appeal. It is not before our Court in *Elias* and I do not intend to comment on its application in that case. In my opinion, despite the violation of Mr. Orbanski's constitutional rights, the evidence obtained by the police should not have been excluded. A proper application of s. 24(2) does

Comme je l'ai mentionné, la question de l'exclusion de la preuve fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* ne se pose que dans le pourvoi *Orbanski*. Dans *Elias*, notre Cour n'en est pas saisie et je n'ai pas l'intention de faire des observations sur son application dans cette affaire. À mon avis, malgré la violation des droits constitutionnels de M. Orbanski, la preuve obtenue par la police n'aurait pas dû être

not warrant the exclusion of the evidence. In this respect, Philp J.A. writing for the majority in the Court of Appeal, reached the appropriate conclusion when he decided that the evidence should be admitted.

Undoubtedly, the present case is not a proper one for a full-fledged review of the problems surrounding the interpretation and the method of application of s. 24(2), especially in the context of what is a partial dissent. Nevertheless, some general comments appear to be in order, because concerns about a quasi-automatic exclusion of evidence may have an impact on the definition of constitutional rights in the criminal process by Canadian courts.

It is likely that few *Charter* provisions have generated so much academic comment, conflicting jurisprudential developments, media rhetoric or just plain uneasiness as s. 24(2). Since the *Charter* came into force, our Court has returned on many occasions to the interpretation and application of this provision. It has developed and refined methods of analysis and application. Despite all these efforts, doubts and misunderstandings remain. They arise mostly from views which attempt to read into the jurisprudence of our Court the creation of an exclusionary rule in the case of conscriptive evidence.

I do not intend to review all the details of the development of our jurisprudence. Two defining moments in this development occurred in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607.

In *Collins*, Lamer J., as he then was, created the basic analytical method which has governed the application of s. 24(2) since that time. This method relies first on a classification of relevant factors. Despite the wide range of potentially relevant factors, Lamer J. stated that they can be organized in three broad categories. The first one includes those relating to trial fairness, the second, the seriousness of the breach, and the third, the effect of

écartée. Une application correcte du par. 24(2) ne justifie pas l'exclusion de cette preuve. À cet égard, le juge Philp, qui a rédigé le jugement majoritaire de la Cour d'appel, est parvenu à la conclusion appropriée en décidant que cette preuve devait être admise.

La présente affaire ne se prête certainement pas à un examen approfondi des problèmes relatifs à l'interprétation et à la méthode d'application du par. 24(2), surtout dans le cadre de ce qui constitue une dissidence partielle. Néanmoins, certaines observations de nature générale semblent de mise, du fait que des préoccupations relatives à l'exclusion quasi automatique de la preuve pourraient avoir une incidence sur la définition de droits constitutionnels dans le processus pénal par les tribunaux canadiens.

Peu de dispositions de la *Charte*, sans doute, ont suscité autant de commentaires de juristes, de développements jurisprudentiels contradictoires, de rhétorique médiatique ou de simple malaise que le par. 24(2). Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, notre Cour est revenue à maintes reprises sur l'interprétation et l'application de cette disposition. Elle a élaboré et perfectionné des méthodes d'analyse et d'application. Or, malgré tous ces efforts, des doutes et des malentendus subsistent. Ils proviennent pour la plupart de points de vue qui tentent de voir, dans la jurisprudence de notre Cour, la création d'une règle d'exclusion dans les cas de preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même.

Je n'entends pas examiner dans le détail l'évolution de notre jurisprudence. Les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, marquent toutefois deux moments essentiels de cette évolution.

Dans l'arrêt *Collins*, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a créé la méthode analytique fondamentale qui régit depuis lors l'application du par. 24(2). Cette méthode est fondée en premier lieu sur une classification des facteurs pertinents. Malgré la gamme étendue de facteurs susceptibles d'être pertinents, le juge Lamer s'est dit d'avis qu'ils peuvent être répartis en trois grandes catégories. La première comprend les facteurs

86

87

88

89

excluding the evidence on the reputation of the administration of justice. He also pointed out that the adoption of s. 24(2) abolished the traditional *Wray* principle, which focussed on the reliability and relevance of the evidence rather than on the circumstances under which it had been obtained (*R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272). At the same time, s. 24(2) should not be confused with a pure exclusionary rule.

touchant l'équité du procès, la deuxième, les facteurs ayant trait à la gravité de la violation de la *Charte* et la troisième, les facteurs relatifs à l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il a également souligné que l'adoption du par. 24(2) a écarté le principe traditionnel de l'arrêt *Wray*, axé sur la fiabilité et la pertinence de la preuve plutôt que sur les circonstances dans lesquelles elle a été obtenue (*R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272). D'autre part, le par. 24(2) ne devrait pas être confondu avec une règle d'exclusion pure et simple.

90 In *Collins*, Lamer J. indicated that a very important factor in the analysis would be the nature of the evidence. He found that the use of real evidence obtained in a manner that violated the *Charter* would rarely render a trial unfair, but that this would change whenever the accused was conscripted against himself. The use of such evidence would most likely turn the trial into an unfair one. Nevertheless, nothing in *Collins*, or in the judgments rendered by our Court in the following years, even suggested that the *Charter* had imposed an exclusionary rule. Rather, the *Charter* had granted judges a structured discretion to assess the impact of the breach of constitutional rights on the obtaining of the evidence in order to determine whether it should be excluded.

Dans l'arrêt *Collins*, le juge Lamer a indiqué qu'un facteur très important, dans l'analyse, résiderait dans la nature de la preuve. Il a déclaré que l'utilisation d'une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* rendra rarement un procès inéquitable, mais qu'il en va différemment lorsque l'accusé est conscrit contre lui-même. L'utilisation d'une preuve obtenue de cette manière rendra très probablement le procès inéquitable. Malgré cela, ni l'arrêt *Collins* ni les jugements rendus par notre Cour les années suivantes ne donnent à penser que la *Charte* a imposé une règle d'exclusion. La *Charte* a plutôt accordé aux juges un pouvoir discrétionnaire structuré pour apprécier l'incidence de la violation de droits constitutionnels sur l'obtention de la preuve, afin de déterminer si celle-ci devrait être exclue.

91 *Stillman* returned to the problems of the structure and the process of the exercise of the judicial discretion to exclude evidence obtained in breach of *Charter* rights. The reasons of Cory J. certainly put considerable emphasis on the classification of the nature of the evidence and on its impact on the fairness of the trial. On this occasion, Cory J. summarized the recommended analytical steps in the application of s. 24(2) as follows:

Dans l'arrêt *Stillman*, la Cour est revenue sur les problèmes liés à la structure du pouvoir discrétionnaire judiciaire d'écarter des preuves obtenues en violation de droits énoncés dans la *Charte*, et sur la façon dont ce pouvoir doit être exercé. Les motifs du juge Cory accordent indubitablement une importance considérable à la classification de la nature de la preuve et à son incidence sur l'équité du procès. À cette occasion, le juge Cory a résumé dans les termes suivants les étapes de l'analyse requise pour l'application du par. 24(2) :

1. Classify the evidence as conscriptive or non-conscriptive based upon the manner in which the evidence was obtained. If the evidence is *non*-conscriptive, its admission will not render the trial unfair and the court will proceed to consider

1. Qualifier la preuve soit de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, soit de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, selon la manière dont elle a été obtenue. Si la preuve est une preuve *non* obtenue en mobilisant l'accusé

the seriousness of the breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

2. If the evidence is conscriptive and the Crown fails to demonstrate on a balance of probabilities that the evidence would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will render the trial unfair. The Court, as a general rule, will exclude the evidence without considering the seriousness of the breach or the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. This must be the result since an unfair trial would necessarily bring the administration of justice into disrepute.
3. If the evidence is found to be conscriptive and the Crown demonstrates on a balance of probabilities that it would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will generally not render the trial unfair. However, the seriousness of the *Charter* breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice will have to be considered. [Emphasis in original; para. 119.]

Stillman generated concerns that our Court was creating an exclusionary rule based primarily on the nature of the evidence. These views were based, at least in part, on the opinion that the strong presumptive link between the use of conscriptive evidence and its impact on the fairness of the trial reduced the application of s. 24(2) to a narrow bright-line rule, based mainly on the legal characterization of the evidence, that did not permit effective consideration to be given to other relevant factors.

Neither the reasons of Cory J. in *Stillman* nor a number of recent pronouncements of our Court in cases such as *R. v. Fliss*, [2002] 1 S.C.R. 535, 2002 SCC 16; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; or *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, have gone that far. Our Court has remained mindful of the principle that the *Charter* did not establish a pure exclusionary rule. It attaches

contre lui-même, son utilisation ne rendra pas le procès inéquitable et le tribunal passera à l'examen de la gravité de la violation et de l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

2. Si la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et que le ministère public ne démontre pas, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, son utilisation rendra alors le procès inéquitable. En règle générale, le tribunal écartera la preuve sans examiner la gravité de la violation ni l'incidence de son exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il doit en être ainsi puisqu'un procès inéquitable déconsidérerait nécessairement l'administration de la justice.
3. Si l'on conclut que la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et si le ministère public démontre, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, son utilisation ne rendra alors généralement pas le procès inéquitable. Toutefois, il faudra examiner la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. [Souligné dans l'original; par. 119.]

L'arrêt *Stillman* a amené certains à craindre que notre Cour fût en train de créer une règle d'exclusion reposant essentiellement sur la nature de la preuve. Ces craintes découlaient, en partie du moins, de l'opinion suivant laquelle le fort lien de présomption entre l'utilisation d'une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même et son incidence sur l'équité du procès réduisait l'application du par. 24(2) à une règle stricte et très nette fondée principalement sur la caractérisation juridique de la preuve, qui ne permettait pas une véritable prise en compte d'autres facteurs pertinents.

Or, ni les motifs du juge Cory dans *Stillman* ni plusieurs décisions récentes de notre Cour, dans des arrêts comme *R. c. Fliss*, [2002] 1 R.C.S. 535, 2002 CSC 16, *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, ou *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, ne sont allés aussi loin. Notre Cour s'est toujours souvenue du principe que la *Charte* n'a pas établi une règle d'exclusion pure et simple. Elle

considerable importance to the nature of the evidence. It is constantly concerned about the potential impact of the admission of conscriptive evidence obtained in breach of a *Charter* right on the fairness of a criminal trial. Nevertheless, while this part of the analysis is often determinative of the outcome, our Court has not suggested that the presence of conscriptive evidence that has been obtained illegally is always the end of the matter and that the other stages and factors of the process become irrelevant.

94 For example, in *Buhay*, Arbour J. reasserted that, generally speaking, when the admission of conscriptive evidence is liable to jeopardize the fairness of the trial, it may also bring the administration of justice into disrepute. For this reason, it will have to be excluded (para. 49). At the same time, she stressed the comprehensive nature of the intellectual process leading to a decision on the exclusion of evidence. In the end, this process amounts to finding a proper balance between competing interests and values at stake in the criminal trial, between the search for truth and the integrity of the trial (Arbour J., at para. 73; see also: Binnie J. in *Fliss*, at para. 89). All the *Collins* factors remain relevant throughout this delicate and nuanced inquiry.

95 The same approach was recommended by Bastarache J. in his reasons in *Law*. He acknowledged that there is agreement that the admission of conscriptive evidence, unlike “real evidence”, will usually affect the fairness of the trial. But Bastarache J. did not accept that *Stillman* and the jurisprudence of our Court had turned s. 24(2) into an automatic exclusionary rule which applies whenever courts must rule on the admissibility of illegally obtained conscriptive evidence. The views of the Court in *Stillman* reflect concerns about the continuing effect of self-incrimination throughout the trial (see *Law*, at paras. 33-34). Although exclusion will often occur at the end of the process, it is not automatic. The inquiry into the admissibility of the evidence must reach the last stage so that it can be determined whether the admission of the

attache une importance considérable à la nature de la preuve. Elle est toujours soucieuse de l’effet que pourrait produire sur l’équité d’un procès pénal l’admission d’une preuve obtenue par mobilisation de l’accusé contre lui-même en violation d’un droit énoncé dans la *Charte*. Cependant, même si ce volet de l’analyse est souvent déterminant quant à l’issue, notre Cour n’a jamais laissé entendre que la présence d’une preuve illégalement obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même met toujours un terme au débat et que les autres étapes et facteurs du processus perdent toute pertinence.

Dans l’arrêt *Buhay*, par exemple, la juge Arbour a réaffirmé que, d’une manière générale, lorsque l’admission d’une preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même est susceptible de compromettre l’équité du procès, elle peut également déconsidérer l’administration de la justice. Pour cette raison, elle devra être écartée (par. 49). En même temps, elle a souligné la nature globale du processus intellectuel conduisant à une décision sur l’exclusion de la preuve. Au bout du compte, ce processus revient à trouver le juste équilibre entre les intérêts opposés et les valeurs en jeu dans le procès pénal, entre la recherche de la vérité et l’intégrité du procès (la juge Arbour, par. 73; voir aussi le juge Binnie dans *Fliss*, par. 89). Tous les facteurs de l’arrêt *Collins* demeurent pertinents tout au long de cet examen délicat et nuancé.

La même approche est recommandée dans les motifs du juge Bastarache dans l’arrêt *Law*. Selon lui, on s’entend pour dire que l’admission d’une preuve obtenue par mobilisation de l’accusé contre lui-même aura habituellement une incidence sur l’équité du procès, contrairement à l’admission d’une « preuve matérielle ». Mais le juge Bastarache refuse de conclure que l’arrêt *Stillman* et la jurisprudence de notre Cour aient fait du par. 24(2) une règle d’exclusion automatique s’appliquant chaque fois que les tribunaux sont appelés à statuer sur l’admissibilité d’une preuve obtenue illégalement en mobilisant l’accusé contre lui-même. Les opinions exprimées par la Cour dans *Stillman* traduisent certaines craintes à l’égard de l’effet persistant de l’auto-incrimination tout au long du procès (voir *Law*, par. 33-34). Bien que le processus aboutisse souvent à l’exclusion

evidence would bring the administration of justice into disrepute.

The application of s. 24(2) remains a delicate matter. The purpose of the provision is to safeguard the integrity of the justice system, which requires a strong emphasis on assuring the fairness of the criminal trial. At the same time, the concept of fairness should not be reduced to a ritual incantation that spares judges from any further thought once the word is said.

The concept of fairness is a rich and complex one. It concerns the rights not only of the accused, but also of society, to the proper administration of the law, as McLachlin J. (as she then was) pointed out in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562:

At base, a fair trial is a trial that appears fair, both from the perspective of the accused and the perspective of the community. A fair trial must not be confused with the most advantageous trial possible from the accused's point of view: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362, *per* La Forest J. Nor must it be conflated with the perfect trial; in the real world, perfection is seldom attained. A fair trial is one which satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness to the accused. [para. 45]

The creation and application of a rule, based on a presumption that conscriptive evidence necessarily affects the fairness of a trial, of almost automatic exclusion whenever such evidence is involved might be viewed as a clear and effective method to manage aspects of the criminal trial. Nevertheless, our Court has never adopted such a rule, which could not be reconciled with the structure and the wording of s. 24(2).

In some cases, the second stage of the procedure, at which the seriousness of the breach is evaluated, is difficult to divorce from the first stage of the analysis, which addresses the nature of the infringement of rights and of the evidence. It may well be

de la preuve, cela n'est pas automatique. L'examen relatif à l'admissibilité de la preuve doit parvenir au dernier stade, afin qu'il soit déterminé si son admission est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'application du par. 24(2) demeure une affaire délicate. Cette disposition vise à préserver l'intégrité du système de justice, ce qui oblige à attacher une grande importance à la nécessité de garantir l'équité du procès pénal. Il faut cependant éviter de ramener le concept de l'équité au niveau d'une incantation rituelle qui dispenserait les juges de pousser plus loin la réflexion une fois que le mot a été prononcé.

Le concept d'équité représente une notion riche et complexe. Il concerne non seulement les droits de l'accusé, mais aussi ceux de la société au regard de la bonne administration de la loi, comme l'a souligné la juge McLachlin (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562 :

Au départ, un procès équitable est un procès qui paraît équitable, tant du point de vue de l'accusé que de celui de la collectivité. Il ne faut pas confondre un procès équitable avec le procès le plus avantageux possible du point de vue de l'accusé : *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362, le juge La Forest. Il ne faut pas l'assimiler non plus au procès parfait; dans la réalité, la perfection est rarement atteinte. Le procès équitable est celui qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé. [par. 45]

La création et l'application d'une règle prévoyant l'exclusion quasi automatique de toute preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, fondée sur la présomption qu'une telle preuve a nécessairement une incidence sur l'équité du procès, pourraient être considérées comme une méthode claire et efficace de gérer certains aspects du procès pénal. Néanmoins, notre Cour n'a jamais adopté une telle règle, qui serait inconciliable avec l'économie et le libellé du par. 24(2).

Dans certains cas, il est difficile de dissocier la deuxième étape de l'analyse, au cours de laquelle est appréciée la gravité de la violation, et la première étape, qui porte sur la nature de la violation des droits et la nature de la preuve. La recherche d'un

96

97

98

99

impossible to properly balance the competing interests at stake in the evaluation of the fairness of the criminal trial and in the final judgment call as to whether to allow the inclusion of the evidence without considering the seriousness of the infringement and its impact. It may be impossible to divorce the different stages of the analysis, given the logical and factual interplay between them in many cases. The Manitoba Court of Appeal held so, and I agree with its analysis and its conclusion.

100 In this appeal, it would not be accurate to describe the evidence as non-conscriptive. Although there was no physical compulsion or violence, the evidence was created by the improper use of state power. The argument that there is no compulsion in such circumstances ignores the reality of many such situations. Given the power commonly granted to police officers and the authority with which they are invested, such encounters at the roadside are perceived as intimidating by the accused. He or she feels the presence of an agent of the state and that agent's power in law enforcement matters. In accordance with *Stillman*, the evidence at issue remains conscriptive evidence, but exclusion does not necessarily follow.

101 In the present case, as the Court of Appeal found, although the evidence is conscriptive, the breach does not warrant exclusion of the evidence. The *Charter* rights at stake are important, but not every *Charter* breach rises to the same level of seriousness and requires the same kind of remedy, especially the exclusion of evidence. Courts must carefully review the circumstances and nature of the infringement.

102 Giving incomplete information, apparently in good faith, at the roadside does not rise to the same level of seriousness as sending someone back to another country to face torture and death, holding a suspect incommunicado at a police station

juste équilibre entre les intérêts en opposition, dans l'évaluation de l'équité du procès pénal et dans la décision finale quant à l'opportunité d'autoriser l'utilisation de la preuve, peut très bien se révéler impossible sans une prise en considération de la gravité de la violation et de son incidence. Il peut s'avérer impossible de dissocier les différents stades de l'analyse, en raison de leurs interrelations logiques et factuelles dans bien des cas. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel du Manitoba, et je souscris à son analyse et à sa conclusion.

Dans le présent pourvoi, il serait inexact de décrire la preuve comme n'ayant pas été obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même. Bien qu'il n'y ait pas eu de contrainte ou de violence physique, la preuve a été créée par une utilisation irrégulière du pouvoir de l'État. L'argument selon lequel il n'y a pas de contrainte dans de telles circonstances ne tient pas compte de ce qui se passe en réalité dans bon nombre de situations de ce genre. Vu le pouvoir habituellement accordé aux agents de police et l'autorité dont ils sont investis, l'accusé perçoit comme intimidantes les rencontres de ce genre au bord de la route. Il ressent la présence d'un représentant de l'État et son pouvoir en matière d'application de la loi. Conformément à l'arrêt *Stillman*, la preuve en cause demeure une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, mais cela ne doit pas nécessairement entraîner son exclusion.

En l'espèce, bien que la preuve ait été obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, la violation, comme l'a conclu la Cour d'appel, ne justifie pas son exclusion. Les droits énoncés dans la *Charte* qui sont en jeu sont importants, mais toute violation de ces droits n'a pas la même gravité et n'exige pas la même réparation, en particulier celle qui consiste dans l'exclusion de la preuve. Les tribunaux doivent examiner attentivement les circonstances et la nature de la violation.

Le fait de donner, apparemment en toute bonne foi, une information incomplète au bord de la route, ne présente pas le même niveau de gravité que celui d'expulser une personne dans un autre pays où elle risque la torture et la mort, ou encore

for interrogation or denying a suspect a genuine opportunity to communicate with a lawyer. To refuse to concede that the *Charter* may apply to a wide range of very different situations and that its implementation requires careful attention to context and a sensitive analysis would in the end be to trivialize it.

Although I have found a *Charter* breach, it is clear from the evidence that Mr. Orbanski did receive some information. In a very broad sense, some of the duties imposed on the police officer were met. Mr. Orbanski appears to have been given incomplete information about his own rights, but he understood what they were and declined to exercise them.

As a result, I do not think that the breach went to the fairness of the trial. It was a minor infringement of an admittedly important *Charter* right. It did not warrant the exclusion of the evidence. I would find that in these circumstances, to exclude the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

IV. Disposition

For these reasons, I would concur with my colleague in the case of Mr. Orbanski and dismiss the appeal. As I indicated above, I would dismiss the Crown's appeal in the *Elias* case.

Appeal dismissed in Orbanski. Appeal allowed in Elias with costs, LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant in Orbanski: Pinx Campbell Inness, Winnipeg.

Solicitor for the respondent in Orbanski/appellant in Elias: Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitors for the respondent in Elias: Brodsky & Company, Winnipeg.

celui de détenir un suspect dans un poste de police pour l'interroger en lui refusant tout contact avec l'extérieur ou en le privant de toute possibilité matérielle de communiquer avec un avocat. Le refus d'admettre que la *Charte* puisse s'appliquer à toute une gamme de situations très différentes et que sa mise en œuvre exige une grande attention au contexte et une analyse fine, conduirait au bout du compte à la banaliser.

Bien que je conclue à une violation de la *Charte*, il ressort clairement de la preuve que M. Orbanski a reçu certaines informations. En un sens très large, certaines des obligations imposées à l'agent de police ont été remplies. Il semble que M. Orbanski ait reçu une mise en garde incomplète au sujet de ses droits, mais il a compris en quoi ils consistaient et il a renoncé à les exercer.

En conséquence, je ne pense pas que la violation ait pu nuire à l'équité du procès. Il s'agissait d'une atteinte mineure à un droit, certes important, énoncé dans la *Charte*. Cette violation ne justifiait pas l'exclusion de la preuve. Je conclurais que, dans de telles circonstances, l'exclusion de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

IV. Dispositif

Pour ces motifs, je souscrirais à l'avis de ma collègue dans le cas de M. Orbanski et je rejetterais le pourvoi. Comme je l'ai indiqué précédemment, je rejetterais le pourvoi du ministère public dans l'affaire *Elias*.

Pourvoi rejeté dans Orbanski. Pourvoi accueilli dans Elias avec dépens, les juges LEBEL et FISH sont dissidents.

Procureurs de l'appelant dans Orbanski : Pinx Campbell Inness, Winnipeg.

Procureur de l'intimée dans Orbanski/appelante dans Elias : Justice Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé dans Elias : Brodsky & Company, Winnipeg.

103

104

105

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Saskatchewan Justice, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Saskatchewan Justice, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Faculty of Law, Queen's University, Kingston.

Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Faculté de droit, Université Queen's, Kingston.