

**Jagrup Singh** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Director of Public Prosecutions of  
Canada, Criminal Lawyers'  
Association of Ontario and Canadian  
Association of Chiefs of Police** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. SINGH**

**Neutral citation: 2007 SCC 48.**

File No.: 31558.

2007: May 23; 2007: November 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to silence — Scope of pre-trial right to silence — Interplay between confessions rule and right to silence — Accused charged with second degree murder detained by police — Accused making statements to police during interviews after he had asserted his constitutional right to silence many times — Whether police breached accused's right to silence — Whether police should have stopped trying to obtain admissions once accused asserted his right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

The accused was arrested for second degree murder in respect of the shooting death of an innocent bystander who was killed by a stray bullet while standing just inside the doorway of a pub. The accused was advised of his right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and privately consulted with counsel. During the course of two subsequent interviews with police, the accused stated on numerous occasions that he did not want to talk about the

**Jagrup Singh** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
Directeur des poursuites pénales du  
Canada, Criminal Lawyers' Association of  
Ontario et Association canadienne des  
chefs de police** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SINGH**

**Référence neutre : 2007 CSC 48.**

N<sup>o</sup> du greffe : 31558.

2007 : 23 mai; 2007 : 1<sup>er</sup> novembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de garder le silence — Portée du droit de garder le silence avant le procès — Interaction entre la règle des confessions et le droit de garder le silence — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré détenu par la police — Accusé faisant des déclarations à la police pendant des interrogatoires après avoir invoqué à maintes reprises son droit constitutionnel de garder le silence — La police a-t-elle violé le droit de l'accusé de garder le silence? — La police aurait-elle dû cesser de tenter d'obtenir des aveux dès que l'accusé a invoqué son droit de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

L'accusé a été arrêté pour le meurtre au deuxième degré d'un passant innocent tué par une balle perdue alors qu'il se tenait dans l'entrée d'un pub. Il a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a eu un entretien privé avec son avocat. Au cours de deux interrogatoires subséquents menés par la police, l'accusé a déclaré, à maintes reprises, qu'il ne voulait pas parler de l'épisode. Le policier qui l'interrogeait

incident. The interviewing officer persisted in trying to get him to make a statement. While the accused never confessed to the crime, he made a number of admissions which, when taken together with other evidence, later became probative of the issue of identification at trial. On the *voir dire* to determine the admissibility of the statements made by the accused, the trial judge held, after reviewing all of the circumstances surrounding the interrogation and the making of the incriminating admission, that the admission came freely and did not result from the police systematically breaking down his operating mind or undermining his right to silence. The probative value of the statements was held to outweigh their prejudicial effect and the trial judge thus ruled them admissible. The accused was subsequently convicted by a jury. The Court of Appeal upheld the trial judge's ruling and affirmed the conviction. Both in the Court of Appeal and in this Court the accused did not contest the trial judge's findings of fact nor his conclusion that the statements were voluntary; his appeal solely concerns the s. 7 *Charter* right to silence.

*Held* (Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: There was no error in law in the approach adopted by the courts below. Although historically the confessions rule was more concerned with the reliability of confessions than the protection against self-incrimination, this no longer holds true in the post-*Charter* era. The modern expansive view of the confessions rule clearly includes the right of the detained person to make a meaningful choice whether or not to speak to state authorities. On the question of voluntariness, as under any distinct s. 7 review based on an alleged breach of the right to silence, the focus is on the conduct of the police and its effect on the accused's ability to exercise his or her free will. The test is an objective one, but the individual characteristics of the accused are obviously relevant considerations in applying this objective test. Although the confessions rule applies whether or not the suspect is in detention, the common law recognized, long before the advent of the *Charter*, that the suspect's situation is much different after detention. After detention, the state authorities are in control and the detainee, who cannot simply walk away, is in a more vulnerable position. There is a greater risk of abuse of power by the police. [8] [21] [32] [35-36]

a persisté à tenter de l'amener à faire une déclaration. Bien qu'il n'ait jamais confessé le crime, l'accusé a fait un certain nombre d'aveux qui, combinés à d'autres éléments de preuve, sont par la suite devenus probants relativement à la question de l'identification au procès. Lors du *voir-dire* visant à déterminer l'admissibilité des déclarations de l'accusé, le juge du procès a conclu, après avoir examiné l'ensemble des circonstances ayant entouré l'interrogatoire et l'aveu incriminant, que cet aveu avait été fait librement et ne résultait pas du fait que la police avait systématiquement détruit l'état d'esprit conscient de l'accusé ou compromis son droit de garder le silence. Le juge a considéré que la valeur probante des déclarations l'emportait sur leur effet préjudiciable et il a donc décidé que ces déclarations étaient admissibles. L'accusé a, par la suite, été déclaré coupable par un jury. La Cour d'appel a maintenu la décision du juge du procès et confirmé la déclaration de culpabilité. Tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour, l'accusé n'a pas contesté les conclusions de fait du juge du procès ni sa conclusion que les déclarations étaient volontaires; son pourvoi ne porte que sur le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

*Arrêt* (les juges Binnie, LeBel, Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Deschamps, Charron et Rothstein : Il n'y a aucune erreur de droit dans l'approche adoptée par les tribunaux d'instance inférieure. Même si, autrefois, la règle des confessions s'attachait davantage à la fiabilité des confessions qu'à la protection contre l'auto-incrimination, ce n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*. L'interprétation large moderne de la règle des confessions inclut nettement le droit de la personne détenue de faire un choix utile quant à savoir si elle parlera ou non aux autorités de l'État. En ce qui concerne la question du caractère volontaire, comme dans tout examen distinct effectué en vertu de l'art. 7 au sujet d'une allégation de violation du droit de garder le silence, l'accent est mis sur le comportement de la police et sur l'incidence qu'il a eu sur la capacité de l'accusé d'user de son libre arbitre. Le critère est de nature objective, mais les caractéristiques individuelles de l'accusé constituent, de toute évidence, des facteurs pertinents pour appliquer ce critère objectif. Bien que la règle des confessions s'applique peu importe que le suspect soit détenu ou non, la common law reconnaissait, bien avant l'avènement de la *Charte*, que la situation du suspect est très différente après sa mise en détention. Après la mise en détention, les autorités de l'État ont la situation en main et le détenu, qui ne peut pas simplement s'esquiver, se trouve dans une position plus vulnérable. Le risque d'abus de pouvoir de la part des policiers est plus élevé. [8] [21] [32] [35-36]

In the context of an interrogation of a detainee by an obvious person in authority, a finding of voluntariness will be determinative of the s. 7 issue since voluntariness, as it is understood today, requires that the court scrutinize whether the detainee was denied his or her right to silence. In such circumstances, the confessions rule effectively subsumes the constitutional right to silence because the two tests are functionally equivalent. It follows that, where a statement has survived a thorough inquiry into voluntariness, the accused's *Charter* application alleging that the statement was obtained in violation of the pre-trial right to silence under s. 7 cannot succeed. Conversely, if circumstances are such that the accused can show on a balance of probabilities that the statement was obtained in violation of his or her constitutional right to remain silent, the Crown will be unable to prove voluntariness beyond a reasonable doubt. However, this does not mean that the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 of the *Charter* cannot supplement the common law in other contexts. [8] [37] [39]

It is not appropriate to impose a rigid requirement that police refrain from questioning a detainee who states that he or she does not wish to speak to police. Such an approach would overshoot the protection afforded to the individual's freedom of choice both at common law and under the *Charter*. More importantly, this approach ignores the state interest in the effective investigation of crime. The critical balancing of state and individual interests lies at the heart of this Court's decision in *Hebert* and in subsequent s. 7 decisions. There is no reason to depart from these established principles. [6-7] [43] [45]

Under both the common law and *Charter* rules, police persistence in continuing an interview, despite repeated assertions by the detainee that he wishes to remain silent, may well raise a strong argument that the subsequently obtained statement was not the product of a free will to speak to authorities. The trial judge in this case was very much alive to this risk. His ultimate judgment call on this issue is supported by the record and is entitled to deference. There is thus no reason to interfere with his ruling on admissibility. [47] [52]

*Per* Binnie, LeBel, Fish, and Abella JJ. (dissenting): The impugned statements were obtained in violation of the accused's s. 7 right to silence. The interrogator

Dans le contexte de l'interrogatoire d'un détenu par une personne qui est de toute évidence en situation d'autorité, une conclusion à l'existence du caractère volontaire sera déterminante quant à la question relative à l'art. 7 étant donné que, pour se prononcer sur le caractère volontaire, au sens où on l'entend de nos jours, le tribunal doit examiner si le détenu a été privé de son droit de garder le silence. En pareil cas, la règle des confessions subsume effectivement le droit constitutionnel de garder le silence du fait que les deux critères sont fonctionnellement équivalents. Il s'ensuit que, lorsqu'une déclaration a résisté à un examen approfondi du caractère volontaire, la demande fondée sur la *Charte* dans laquelle l'accusé allègue que cette déclaration a été obtenue en violation du droit de garder le silence avant le procès, garanti par l'art. 7, ne saurait être accueillie. À l'inverse, dans le cas où l'accusé peut démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la déclaration a été obtenue en violation de son droit constitutionnel de garder le silence, le ministère public sera incapable d'établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable. Cependant, cela ne signifie pas que la protection résiduelle dont le droit de garder le silence bénéficie en vertu de l'art. 7 de la *Charte* ne complète pas la common law dans d'autres contextes. [8] [37] [39]

Il ne convient pas d'interdire strictement à la police d'interroger le détenu qui affirme ne pas vouloir lui parler. Une telle approche déborderait la protection accordée à la liberté de choix de l'individu tant par la common law que par la *Charte*. Qui plus est, elle ne tient pas compte de l'intérêt de l'État dans l'efficacité des enquêtes criminelles. L'équilibre crucial entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu est au cœur de l'arrêt *Hebert* de notre Cour et des décisions subséquentes relatives à l'art. 7. Il n'y a aucune raison de déroger à ces principes reconnus. [6-7] [43] [45]

Tant en vertu des règles de la common law que de celles de la *Charte*, il se peut bien que la persistance des policiers à poursuivre un interrogatoire, malgré les affirmations répétées du détenu qu'il souhaite garder le silence, permette de faire valoir sérieusement que la déclaration obtenue par la suite ne résultait pas d'une libre volonté de parler aux autorités. Le juge du procès en l'espèce était très conscient de ce risque. La décision qu'il a rendue, en définitive, sur ce point est étayée par le dossier et commande la déférence. Il n'y a donc aucune raison de modifier sa décision sur la question de l'admissibilité. [47] [52]

*Les* juges Binnie, LeBel, Fish et Abella (dissidents) : Les déclarations contestées ont été obtenues en violation du droit de garder le silence que l'art. 7 de la *Charte*

understood very well that the accused had chosen not to speak with the police but nonetheless disregarded the accused's repeated assertions of his right to silence. In his relentless pursuit of a confession "no matter what", the interrogator urged the accused, subtly but unmistakably, to forsake his counsel's advice. The accused was thus deprived not only of his right to silence, but also, collaterally, of the intended benefit of his right to counsel. Detainees left alone to face interrogators who persistently ignore their assertions of the right to silence and their pleas for respite are bound to feel that their constitutional right to silence has no practical effect and that they in fact have no choice but to answer. Where continued resistance has been made to appear futile to one person under the dominance or control of another, as it was in this case, ultimate submission proves neither true consent nor valid waiver. Furthermore, nothing in this Court's jurisprudence permits the police to press detainees to waive the *Charter* rights they have firmly and unequivocally asserted, or to deliberately frustrate their effective exercise. This is true of the right to counsel and true as well of the right to silence. While detainees who have asserted their right to silence are entitled to change their minds, they cannot be compelled to do so by the persistent disregard of that asserted choice. The right to silence, like the right to counsel, is a constitutional promise that must be kept. There is no evidence to support the proposition that requiring the police to respect a detainee's right of silence, once it has been unequivocally asserted, would have a "devastating impact" on criminal investigations anywhere in this country. [59-60] [62] [66] [71] [81] [88] [95] [97] [99]

The rationale of the enhanced confessions rule adopted in *Oickle* is distinct from the purposes served by the *Charter*. A confession may be "voluntary" under the common law rule and yet be obtained by state action that infringes s. 7 of the *Charter*. And s. 7 will be infringed where, as in this case, a police interrogator has undermined a detainee's freedom to choose whether to make a statement. Thus, while it is true that there is considerable overlap between the *Charter* protection of the right to silence and the common law confessions rule, given their different purposes, they should remain distinct doctrines. A purposive approach makes plain that the right to pre-trial silence under s. 7 of the *Charter* is not eclipsed by the common law confessions rule under *Oickle*. A statement is admissible at common law where the detainee had

garanti à l'accusé. L'interrogateur comprenait parfaitement que l'accusé avait choisi de ne pas parler à la police, mais il n'a pourtant pas tenu compte des revendications répétées de ce dernier de son droit de garder le silence. Dans sa recherche obstinée d'une confession « coûte que coûte », il a incité, subtilement mais indéniablement, l'accusé à repousser les conseils de son avocat. L'accusé a ainsi non seulement été privé de son droit de garder le silence, mais aussi, parallèlement, de l'avantage censé découler de son droit à l'assistance d'un avocat. Des détenus laissés seuls face à des interrogateurs qui persistent à passer outre à leurs revendications du droit de garder le silence et à leurs demandes de répit ont forcément l'impression que leur droit constitutionnel de garder le silence n'est d'aucune utilité pratique et qu'en fait ils n'ont pas d'autre choix que de répondre. Dans le cas où, comme en l'espèce, une personne se trouvant sous la domination ou le contrôle d'autrui a été amenée à conclure qu'il ne servirait à rien de continuer à résister, le fait qu'elle ait finalement cédé ne prouve ni l'existence d'un consentement véritable, ni celle d'une renonciation valide à l'exercice d'un droit. De plus, rien dans la jurisprudence de notre Cour ne permet à la police de presser des détenus de renoncer aux droits garantis par la *Charte* qu'ils ont clairement et résolument invoqués, ou d'en empêcher délibérément l'exercice efficace. Cela vaut tant pour le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat que pour celui de garder le silence. Bien que les détenus qui ont invoqué leur droit de garder le silence aient le droit de changer d'avis, on ne peut pas les contraindre à le faire en persistant à faire fi du choix qu'ils ont exprimé. Le droit de garder le silence, comme celui de recourir à l'assistance d'un avocat, est une promesse constitutionnelle qui doit être tenue. Aucune preuve ne vient appuyer la proposition selon laquelle le fait d'obliger la police à respecter le droit d'un détenu de garder le silence, dès qu'il a clairement été invoqué, aurait un « effet dévastateur » sur les enquêtes criminelles partout au pays. [59-60] [62] [66] [71] [81] [88] [95] [97] [99]

Le raisonnement qui sous-tend la règle élargie des confessions adoptée dans l'arrêt *Oickle* diffère des objectifs de la *Charte*. Une confession peut être « volontaire » suivant la règle de common law tout en ayant été obtenue au moyen d'un acte de l'État qui contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. De plus, il y a contrevention à l'art. 7 lorsque, comme en l'espèce, un policier qui effectue un interrogatoire compromet la liberté du détenu de choisir de faire ou non une déclaration. Par conséquent, s'il est vrai qu'il existe un recoupement important entre la protection du droit de garder le silence offerte par la *Charte* et la règle des confessions reconnue en common law, ces principes doivent toutefois demeurer distincts en raison des objectifs différents qu'ils visent. L'approche téléologique indique clairement que le droit de garder le silence avant le

an operating mind and the confession did not result from inducements, oppression, or police trickery that would shock the community. Clearly, however, a confession that meets these common law standards does not invariably represent a free and meaningful choice for the purposes of the *Charter*. A choice that has been disregarded and unfairly frustrated by relentless interrogation is neither free nor meaningful. In the present appeal, the impugned statements were obtained in violation of s. 7 and should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. [73] [75] [77] [79] [99]

### Cases Cited

By Charron J.

**Applied:** *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; **approved:** *R. v. C.G.*, [2004] O.J. No. 229 (QL); **referred to:** *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960); *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Grandinetti*, [2005] 1 S.C.R. 27, 2005 SCC 5; *R. v. Otis* (2000), 151 C.C.C. (3d) 416.

By Fish J. (dissenting)

*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *R. v. Otis* (2000), 151 C.C.C. (3d) 416; *R. v. McKay* (2003), 16 C.R. (6th) 347, 2003 MBQB 141; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975); *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000); *R. v. Timm* (1998), 131 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 10(b), 24.

### Authors Cited

Delisle, Ronald Joseph, Don Stuart and David M. Tanovich. *Evidence: Principles and Problems*, 8th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.

procès, garanti par l'art. 7 de la *Charte*, n'est pas éclipsé par la règle de common law régissant les confessions qui est formulée dans l'arrêt *Oickle*. Une déclaration est admissible en common law lorsque le détenu était dans un état d'esprit conscient et que la confession ne résultait pas d'encouragements, d'une oppression ou de ruses policières qui choqueraient la collectivité. Toutefois, il est clair qu'une confession qui satisfait à ces critères de common law ne représente pas toujours un choix libre et utile pour les besoins de la *Charte*. Un choix auquel on a passé outre et qu'on a empêché de façon inéquitable de faire en poursuivant sans relâche un interrogatoire n'est ni libre ni utile. En l'espèce, les déclarations contestées ont été obtenues en contravention de l'art. 7 et auraient dû être écartées en application du par. 24(2) de la *Charte*. [73] [75] [77] [79] [99]

### Jurisprudence

Citée par la juge Charron

**Arrêts appliqués :** *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; **arrêt approuvé :** *R. c. C.G.*, [2004] O.J. No. 229 (QL); **arrêts mentionnés :** *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Blackburn c. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960); *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. c. Grandinetti*, [2005] 1 R.C.S. 27, 2005 CSC 5; *R. c. Otis*, [2000] R.J.Q. 2828.

Citée par le juge Fish (dissident)

*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *R. c. Otis*, [2000] R.J.Q. 2828; *R. c. McKay* (2003), 16 C.R. (6th) 347, 2003 MBQB 141; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Michigan c. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975); *Dickerson c. United States*, 530 U.S. 428 (2000); *Timm c. La Reine*, [1998] R.J.Q. 3000; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 10(b), 24.

### Doctrine citée

Delisle, Ronald Joseph, Don Stuart and David M. Tanovich. *Evidence: Principles and Problems*, 8th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.

Marin, René J. *Admissibility of Statements*, 9th ed. Aurora: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated 2006, release 11).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Concord, Ont.: Irwin Law, 2005.

Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Procedure*, 14th ed. by N. Hollander et al. Eagan, Minn.: Thomson/West, 2002 (loose-leaf updated 2007).

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Boston: Little, Brown and Co., 1923.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, Mackenzie and Thackray J.J.A.) (2006), 227 B.C.A.C. 241, 374 W.A.C. 241, 38 C.R. (6th) 217, 142 C.R.R. (2d) 68, [2006] B.C.J. No. 1274 (QL), 2006 BCCA 281, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed, Binnie, LeBel, Fish and Abella J.J. dissenting.

*Gil D. McKinnon, Q.C.*, for the appellant.

*Wendy L. Rubin and Kate Ker*, for the respondent.

*Jamie C. Klukach*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Ronald C. Reimer and Nicholas E. Devlin*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

*Timothy E. Breen*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*David Migicovsky and Margaret Truesdale*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps, Charron and Rothstein J.J. was delivered by

CHARRON J. —

## 1. Overview

<sup>1</sup> This appeal concerns the scope of a detainee's pre-trial right to silence under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, in particular,

Marin, René J. *Admissibility of Statements*, 9th ed. Aurora : Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated 2006, release 11).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Concord, Ont. : Irwin Law, 2005.

Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Procedure*, 14th ed. by N. Hollander et al. Eagan, Minn. : Thomson/West, 2002 (loose-leaf updated 2007).

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Boston : Little, Brown and Co., 1923.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Mackenzie et Thackray) (2006), 227 B.C.A.C. 241, 374 W.A.C. 241, 38 C.R. (6th) 217, 142 C.R.R. (2d) 68, [2006] B.C.J. No. 1274 (QL), 2006 BCCA 281, qui a maintenu la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, LeBel, Fish et Abella sont dissidents.

*Gil D. McKinnon, c.r.*, pour l'appellant.

*Wendy L. Rubin et Kate Ker*, pour l'intimée.

*Jamie C. Klukach*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Ronald C. Reimer et Nicholas E. Devlin*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

*Timothy E. Breen*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*David Migicovsky et Margaret Truesdale*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

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

LA JUGE CHARRON —

## 1. Aperçu

Le présent pourvoi concerne la portée du droit de garder le silence avant le procès que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère

the intersection between this *Charter* right as defined in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, and the common law voluntary confessions rule as restated in *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38. As in those cases, the discussion in this appeal focusses on the tension between the rights of the accused and society's interest in the effective investigation and resolution of crimes.

The appellant Jagrup Singh was arrested for second degree murder in respect of the death of an innocent bystander who was killed by a stray bullet while standing just inside the doorway of a pub. Mr. Singh was advised of his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* and privately consulted with counsel. During the course of two subsequent interviews with Sgt. Attew, Mr. Singh stated on numerous occasions that he did not want to talk about the incident, that he did not know anything about it, or that he wanted to return to his cell. On each occasion, Sgt. Attew would either affirm that Mr. Singh did not have to say anything and state that it was nonetheless his duty or his desire to place the evidence before Mr. Singh, or he would deflect Mr. Singh's assertion and eventually engage him again in at least limited conversation. During the course of the first interview, Mr. Singh did not confess to the crime but made incriminating statements by identifying himself in pictures taken from the video surveillance inside the pub in question and in another pub.

At the conclusion of the *voir dire* on the admissibility of Mr. Singh's statements, the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the statements were voluntary: [2003] B.C.J. No. 3174 (QL), 2003 BCSC 2013. He also concluded that Mr. Singh had not proven a breach of his right to silence under s. 7 of the *Charter* on a balance of probabilities. Finally, he considered the exercise of his residual discretion and concluded that the probative value of the statements, once edited, outweighed any prejudicial effect. The statements were therefore admitted in evidence and, following his trial by judge and jury, Mr. Singh was convicted as charged. The British Columbia Court of Appeal upheld the trial

à une personne détenue, et, plus particulièrement, le recouplement entre ce droit garanti par la *Charte*, qui est défini dans l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, et la règle de common law régissant les confessions volontaires, qui a été reformulée dans l'arrêt *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38. Comme dans ces affaires, l'analyse en l'espèce porte sur la tension entre les droits de l'accusé et l'intérêt de la société dans l'efficacité et le succès des enquêtes criminelles.

L'appellant Jagrup Singh a été arrêté pour le meurtre au deuxième degré d'un passant innocent tué par une balle perdue alors qu'il se tenait dans l'entrée d'un pub. Monsieur Singh a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte* et a eu un entretien privé avec son avocat. Au cours de deux interrogatoires subséquents menés par le sergent Attew, M. Singh a déclaré, à maintes reprises, qu'il ne voulait pas parler de l'épisode, qu'il ne savait rien au sujet de celui-ci ou qu'il voulait regagner sa cellule. Chaque fois, le sergent Attew a soit confirmé que M. Singh n'était pas obligé de parler en ajoutant qu'il devait ou souhaitait néanmoins lui faire exposer la preuve, soit passé outre à la revendication de M. Singh pour ensuite l'entraîner de nouveau dans une conversation à tout le moins limitée. Au cours du premier interrogatoire, M. Singh n'a pas confessé le crime, mais il a fait des déclarations incriminantes en se reconnaissant sur des images captées par le système de vidéosurveillance installé dans le pub en question et dans un autre pub.

À l'issue du *voir-dire* sur l'admissibilité des déclarations de M. Singh, le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable que ces déclarations étaient volontaires : [2003] B.C.J. No. 3174 (QL), 2003 BCSC 2013. Il a aussi conclu que M. Singh n'avait pas prouvé, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'une violation du droit de garder le silence qui lui était garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Enfin, il a examiné s'il y avait lieu d'exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel et a conclu que la valeur probante des déclarations, une fois épurées, l'emportait sur tout effet préjudiciable. Les déclarations ont donc été admises en preuve et, à l'issue de son procès devant un juge et un jury,

2

3

judge's ruling and affirmed the conviction: (2006), 38 C.R. (6th) 217, 2006 BCCA 281.

4 Both in the British Columbia Court of Appeal and in this Court, Mr. Singh did not contest the trial judge's findings of fact nor his conclusion that the statements were voluntary. His appeal solely concerns the s. 7 right to silence.

5 Mr. Singh contends that trial and appellate courts, including the courts below, have generally misinterpreted the holding in *Hebert* as an authoritative statement which permits the police to ignore a detainee's expressed wish to remain silent and to use "legitimate means of persuasion" to break that silence (p. 177). He contends that the British Columbia Court of Appeal in the case at bar went even further and effectively extinguished the s. 7 right to silence when it questioned the utility of conducting "a double-barrelled test of admissibility", stating that "[i]n the context of an investigatory interview with an obvious person in authority" the expansive view of the common law confessions rule adopted in *Oickle* "may leave little additional room" for a separate s. 7 *Charter* inquiry (para. 19). Mr. Singh therefore submits that the Court of Appeal proceeded on the basis of erroneous legal principles when it affirmed the trial judge's dismissal of his s. 7 *Charter* application.

6 Further, Mr. Singh invites this Court to enhance the protection afforded to detainees under s. 7 by adopting a new approach that would require police officers to inform the detainee of his or her right to silence and, absent a signed waiver, to refrain from questioning any detainee who states that he or she does not wish to speak to the police.

7 First, I reject the appellant's contention that this Court should change the law relating to the pre-trial

M. Singh a été déclaré coupable du crime reproché. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu la décision du juge du procès et confirmé la déclaration de culpabilité : (2006), 38 C.R. (6th) 217, 2006 BCCA 281.

Tant devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que devant notre Cour, M. Singh n'a pas contesté les conclusions de fait du juge du procès ni sa conclusion que les déclarations étaient volontaires. Son pourvoi ne porte que sur le droit de garder le silence garanti par l'art. 7.

Monsieur Singh fait valoir que les tribunaux de première instance et d'appel, y compris les juridictions inférieures en l'espèce, ont, de façon générale, mal interprété l'arrêt *Hebert* comme permettant aux policiers de passer outre à la volonté explicite d'un détenu de garder le silence, et d'utiliser des « moyens de persuasion légitimes » pour rompre ce silence (p. 177). Il soutient qu'en l'espèce la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est allée encore plus loin et a, en fait, éteint le droit de garder le silence garanti par l'art. 7, lorsqu'elle a mis en doute l'utilité d'appliquer [TRADUCTION] « un critère d'admissibilité à deux volets » en affirmant que, « [d]ans le contexte d'un interrogatoire d'enquête mené par une personne qui est de toute évidence en situation d'autorité », il se peut que l'interprétation large de la règle des confessions de la common law retenue dans l'arrêt *Oickle* « laisse peu de place additionnelle » à un examen distinct fondé sur l'art. 7 de la *Charte* (par. 19). Monsieur Singh soutient donc que la Cour d'appel s'est fondée sur des principes juridiques erronés lorsqu'elle a confirmé la décision du juge du procès de rejeter sa demande présentée en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

Monsieur Singh invite en outre notre Cour à accroître la protection accordée aux détenus par l'art. 7 en adoptant une nouvelle approche qui obligerait les policiers à informer le détenu de son droit de garder le silence et à s'abstenir, en l'absence d'une renonciation signée, de questionner tout détenu qui affirme ne pas vouloir parler à la police.

Premièrement, je rejette l'argument de l'appelant selon lequel notre Cour devrait modifier les règles

*Charter* right to silence. The new approach advocated by the appellant ignores the critical balancing of state and individual interests which lies at the heart of this Court's decision in *Hebert* and of subsequent s. 7 decisions. I see no reason to depart from these established principles.

Second, I find no error in law in the approach adopted by the courts below. The Court of Appeal's impugned comment on the interplay between the confessions rule and s. 7 of the *Charter* merely reflects the fact that, in the context of a police interrogation of a person in detention, where the detainee knows he or she is speaking to a person in authority, the two tests are functionally equivalent. It follows that, where a statement has survived a thorough inquiry into voluntariness, the accused's *Charter* application alleging that the statement was obtained in violation of the pre-trial right to silence under s. 7 cannot succeed. Conversely, if circumstances are such that the accused can show on a balance of probabilities that the statement was obtained in violation of his or her constitutional right to remain silent, the Crown will be unable to prove voluntariness beyond a reasonable doubt. As I will explain, however, this does not mean that the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 of the *Charter* does not supplement the common law in other contexts.

Finally, I see no basis for interfering with the trial judge's factual determinations concerning Sgt. Attew's conduct and its effect on the appellant's freedom to choose whether to speak to the police. I would therefore dismiss the appeal.

## 2. The Facts and Proceedings Below

Richard Lof was killed by a stray bullet in April 2002 while standing just inside the doorway of a pub. An argument had erupted in the pub between

applicables au droit de garder le silence avant le procès garanti par la *Charte*. La nouvelle approche préconisée par l'appellant ne tient pas compte de l'équilibre crucial entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu qui est au cœur de l'arrêt *Hebert* de notre Cour et des décisions subséquentes relatives à l'art. 7. Je ne vois aucune raison de déroger à ces principes reconnus.

Deuxièmement, je ne relève aucune erreur de droit dans l'approche adoptée par les tribunaux d'instance inférieure. La remarque contestée de la Cour d'appel portant sur l'interaction entre la règle des confessions et l'art. 7 de la *Charte* reflète simplement le fait que, dans le cas où le détenu qui subit un interrogatoire policier sait qu'il s'adresse à une personne en situation d'autorité, les deux critères sont fonctionnellement équivalents. Il s'ensuit que, lorsqu'une déclaration a résisté à un examen approfondi du caractère volontaire, la demande fondée sur la *Charte* dans laquelle l'accusé allègue que cette déclaration a été obtenue en violation du droit de garder le silence avant le procès, garanti par l'art. 7, ne saurait être accueillie. À l'inverse, dans le cas où l'accusé peut démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la déclaration a été obtenue en violation de son droit constitutionnel de garder le silence, le ministère public sera incapable d'établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable. Cependant, comme je vais l'expliquer, cela ne signifie pas que la protection résiduelle dont le droit de garder le silence bénéficie en vertu de l'art. 7 de la *Charte* ne complète pas la common law dans d'autres contextes.

Enfin, je ne vois aucune raison de modifier les conclusions de fait du juge du procès concernant le comportement du sergent Attew et son incidence sur la liberté de l'appellant de choisir de parler ou non à la police. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

## 2. Les faits et les décisions des tribunaux d'instance inférieure

En avril 2002, Richard Lof a été tué par une balle perdue alors qu'il se tenait dans l'entrée d'un pub. Une altercation avait éclaté dans le pub entre

8

9

10

three Indo-Canadian men and the employees of the club. Lof had nothing to do with the argument. The group took the argument outside into the parking lot. One of the Indo-Canadian men pulled out a gun and fired several shots, one of which struck Lof.

11 The weapon was never found and no forensic evidence linked Mr. Singh to the shooting. Identification was the central issue at trial. A doorman, who had been four feet from the shooter, identified Mr. Singh as the shooter in a photo line-up. A witness viewed videotape footage of the three Indo-Canadian men inside the pub and identified a man with a baseball cap on backwards as the person who had the gun. The day after the fatal shooting, a police officer photographed Mr. Singh in another pub. That officer reviewed a photo taken from the videotape of the three Indo-Canadian men inside the pub and she identified Mr. Singh as the man wearing his cap backwards.

12 During the course of the first of two police interviews at the police station after his arrest, Mr. Singh admitted that he had been in the pub on the night of the shooting but he stated that he left before the shooting occurred. He admitted to being in the second pub on the day after the shooting, where he was photographed, and he identified himself in that photograph. He then identified himself as the man with the cap on backwards in the photo from the videotape taken inside the pub on the night of the shooting. These admissions, when taken together with other evidence, later became probative of the issue of identification at trial. Their admissibility is what is at issue on this appeal.

13 Before the interviews, Mr. Singh was given proper *Charter* and official police warnings and spoke to counsel by phone and in person. During the interviews, Mr. Singh spoke with the interviewing officer about his family, his background, his religious beliefs and his employment. He also

trois Indo-Canadiens et les employés de la boîte. Monsieur Lof n'avait rien à voir avec la dispute. Le groupe a poursuivi l'altercation dehors dans le terrain de stationnement. L'un des Indo-Canadiens a sorti une arme à feu et a tiré plusieurs coups, dont l'un a atteint M. Lof.

L'arme n'a jamais été retrouvée et aucun élément de preuve médico-légale ne reliait M. Singh à la fusillade. L'identification constituait la principale question en litige au procès. Un portier, qui s'était trouvé à quatre pieds du tireur, a reconnu M. Singh comme étant le tireur lors d'une séance d'identification photographique. Un témoin ayant visionné une séquence vidéo montrant les trois Indo-Canadiens à l'intérieur du pub a identifié un homme qui portait une casquette de baseball à l'envers comme étant la personne qui avait l'arme. Le lendemain de la fusillade meurtrière, une policière a photographié M. Singh dans un autre pub. Celle-ci a examiné une photo provenant de la bande vidéo montrant les trois Indo-Canadiens à l'intérieur du pub et a identifié M. Singh comme étant l'homme qui portait sa casquette à l'envers.

Au cours du premier des deux interrogatoires qu'il a subis au poste de police après son arrestation, M. Singh a reconnu s'être trouvé dans le pub le soir de la fusillade, mais il a dit avoir quitté les lieux avant la fusillade. Il a avoué s'être trouvé, le lendemain de la fusillade, dans le deuxième pub où il a été photographié, et il s'est reconnu sur la photo en question. Il s'est identifié comme étant l'homme qui portait sa casquette à l'envers sur la photo provenant de l'enregistrement sur bande vidéo effectué dans le pub au cours de la nuit de la fusillade. Ces aveux, combinés à d'autres éléments de preuve, sont par la suite devenus probants relativement à la question de l'identification au procès. C'est leur admissibilité qui est en cause dans le présent pourvoi.

Avant les interrogatoires, M. Singh a reçu les mises en garde relatives à la *Charte* et les mises en garde policières officielles appropriées et s'est entretenu avec son avocat au téléphone et en personne. Durant les interrogatoires, M. Singh a parlé de sa famille, de sa situation générale, de ses

discussed injuries he sustained when he was shot at a party. Whenever the discussion turned to the incident in question, however, Mr. Singh was less forthcoming. Although he provided some information regarding his presence at the pub on the night of the shooting, he repeatedly denied his involvement and asserted his right to silence. He indicated that he did not want to talk to the police, that he had nothing to say, that he knew nothing about the shooting, or that he wanted to return to his cell. Before Mr. Singh was shown the photographs in question and made the impugned admissions, he asserted his right to silence 18 times. Each time, the interviewing officer would either affirm that Mr. Singh did not have to say anything, or would explain to Mr. Singh that he had a duty or desire to place the evidence before him and he continued the interview.

On the *voir dire* to determine the admissibility of the two statements made by Mr. Singh, Bauman J. instructed himself that the central issues were whether the Crown had proven beyond a reasonable doubt that the statements were made voluntarily and, alternatively, whether Mr. Singh had proven on a balance of probabilities that there was a breach of his right to silence under s. 7 of the *Charter*. Mr. Singh did not testify and called no evidence on the *voir dire*.

Bauman J. held that nothing in the police officer's conduct was so oppressive as to overbear Mr. Singh's will. He noted that the stratagem of placing evidence before an accused to extract a confession, no matter what the suspect says, runs the risk of being construed by the reviewing court as depriving the suspect of the right to make a meaningful choice whether to speak to the authorities or not, stating that "it is all a matter of degree" (para. 35). After reviewing all of the circumstances surrounding the interrogation and the making of the incriminating admission, he held that Mr. Singh's admission that he was in the still photograph came freely and did not result from the police systematically

croyances religieuses et de son emploi avec le policier qui l'interrogeait. Il a aussi discuté des blessures qu'il avait subies lorsqu'on avait fait feu sur lui pendant une fête. Cependant, chaque fois que la discussion s'orientait sur l'épisode en question, M. Singh devenait moins bavard. Bien qu'il ait fourni des renseignements sur sa présence dans le pub au cours de la nuit de la fusillade, il a, à maintes reprises, nié toute implication de sa part et invoqué son droit de garder le silence. Il a indiqué qu'il ne voulait pas parler à la police, qu'il n'avait rien à dire, qu'il ne savait rien sur la fusillade ou qu'il voulait regagner sa cellule. Monsieur Singh a invoqué son droit de garder le silence à 18 reprises avant qu'on lui montre les photos en question et qu'il fasse les aveux contestés. Chaque fois, le policier qui interrogeait M. Singh lui confirmait qu'il n'était pas obligé de parler, ou encore lui expliquait qu'il devait ou souhaitait lui exposer la preuve et poursuivait ensuite l'interrogatoire.

Lors du *voir-dire* visant à déterminer l'admissibilité des deux déclarations faites par M. Singh, le juge Bauman s'est rappelé que les principales questions étaient de savoir si le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que les déclarations avaient été faites volontairement et, subsidiairement, si M. Singh avait prouvé, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'une violation du droit de garder le silence qui lui était garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Monsieur Singh n'a pas témoigné et n'a présenté aucun élément de preuve lors du *voir-dire*.

Le juge Bauman a estimé que rien dans le comportement du policier n'était oppressif au point d'ébranler la volonté de M. Singh. Il a souligné que le stratagème consistant à exposer la preuve à l'accusé afin de lui arracher une confession, quoi que dise le suspect, risque d'être interprété par le tribunal de révision comme privant le suspect de son droit de faire un choix utile quant à savoir s'il parlera ou non aux autorités, ajoutant que [TRADUCTION] « ce n'est qu'une question de degré » (par. 35). Après avoir examiné l'ensemble des circonstances ayant entouré l'interrogatoire et l'aveu incriminant, il a conclu que M. Singh avait avoué librement qu'il apparaissait sur la photo et que cet

14

15

breaking down his operating mind or undermining his right to silence. He concluded that Mr. Singh was well aware of his right to silence and that he had successfully exercised it repeatedly. Finally, Bauman J. held that the probative value of the statements outweighed their prejudicial effect and ruled that the statements, with some editing as agreed to by counsel, were admissible.

16 Mr. Singh did not testify and did not call evidence at trial. He was convicted of second degree murder by a jury.

17 Mr. Singh appealed from his conviction to the British Columbia Court of Appeal (Hall, Mackenzie and Thackray J.J.A.). He did not contest that the statements were voluntary and confined his appeal to the s. 7 *Charter* issue. Much as he did in this Court, Mr. Singh argued that the proper application of the s. 7 right to silence required the police to stop trying to obtain admissions once the detainee asserted his right to silence. He argued further that the trial judge's approach erroneously subsumed the *Charter* right to silence under the common law confessions rule, leaving s. 7 with virtually no significance.

18 The Court of Appeal held that Mr. Singh's broad proposition on the limits of police interrogation could not be supported by a fair reading of *Hebert* and was inconsistent with the weight of authority. Rather, the case law recognizes that "the police are not precluded from using reasonable persuasion to encourage a detained person to break his silence after his right to silence has been asserted following the exercise of the right to counsel" (para. 15). The court concluded that the trial judge properly relied on the holding in *Hebert* that "[p]olice persuasion, short of denying the suspect the right to choose or depriving him of an operating mind, does not breach the right to silence" (*Hebert*, at p. 184).

aveu ne résultait pas du fait que la police avait systématiquement détruit son état d'esprit conscient ou compromis son droit de garder le silence. Il a jugé que M. Singh était bien conscient de son droit de garder le silence et qu'il l'avait exercé avec succès à maintes reprises. Enfin, le juge Bauman a considéré que la valeur probante des déclarations l'emportait sur leur effet préjudiciable, et a décidé que les déclarations, sous réserve d'une certaine épuration convenue par les avocats, étaient admissibles.

Monsieur Singh n'a pas témoigné et n'a présenté aucun élément de preuve au procès. Un jury l'a déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

Monsieur Singh a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Mackenzie et Thackray). Il n'a pas contesté le caractère volontaire des déclarations, limitant son appel à la question de l'art. 7 de la *Charte*. Comme il l'a fait devant notre Cour, M. Singh a soutenu que, pour respecter le droit de garder le silence garanti par l'art. 7, les policiers devaient cesser de tenter d'obtenir des aveux dès que le détenu avait invoqué son droit de garder le silence. Il a ajouté que l'approche adoptée par le juge du procès subsumait à tort le droit de garder le silence garanti par la *Charte* sous la règle des confessions reconnue en common law, ce qui vidait l'art. 7 de presque tout son sens.

La Cour d'appel a conclu que l'affirmation générale de M. Singh concernant les limites de l'interrogatoire policier ne pouvait pas s'appuyer sur une interprétation objective de l'arrêt *Hebert* et était incompatible avec la jurisprudence prépondérante. Au contraire, la jurisprudence reconnaît que [TRADUCTION] « rien n'empêche les policiers d'utiliser des moyens de persuasion raisonnables pour inciter un détenu à rompre son silence une fois que son droit de garder le silence a été invoqué à la suite de l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat » (par. 15). La cour a estimé que le juge du procès s'était fondé à bon droit sur la conclusion de l'arrêt *Hebert* voulant que « [l]a persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence » (*Hebert*, p. 184).

The Court of Appeal found no error in the trial judge's approach to the intersection between the confessions rule and the s. 7 *Charter* right to silence. The court explained that *Oickle* is the definitive exposition of the confessions rule and that, apart from the confessions rule, the *Charter* proscribes conduct that is unfair and brings the process of police investigation into disrepute. The police deception in *Hebert* was an illustration of conduct that did not breach the common law rule but did offend the *Charter*. The court commented further that "[i]n the context of an investigatory interview with an obvious person in authority, the expansive view of the confession rule in *Oickle* may leave little additional room for s. 7 but there is no particular utility in a double-barrelled test of admissibility" (para. 19).

The court found no error in the trial judge's conclusion that the police stratagem used in this case was a legitimate technique of persuasion and that it did not deny the appellant the choice to remain silent. Both interviews were videotaped and the trial judge was in an excellent position to assess the fairness of the process. Accordingly, the court held that there was no reason to disturb his findings of fact and the appeal was dismissed.

### 3. Analysis

#### 3.1 *Self-incrimination: The Overarching Principle from Which Both the Confessions Rule and the Right to Silence are Derived*

Although historically the confessions rule was more concerned with the reliability of confessions than the protection against self-incrimination, this no longer holds true in the post-*Charter* era. Both the confessions rule and the constitutional right to silence are manifestations of the principle against self-incrimination. The principle against self-incrimination is a broad concept which has been usefully described by Lamer C.J. as a "general organizing principle of criminal law" from which a number of rules can be derived: *R. v. Jones*, [1994]

La Cour d'appel n'a décelé aucune erreur dans l'approche du juge du procès concernant le recoupement entre la règle des confessions et le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Elle a expliqué que l'arrêt *Oickle* représente l'exposé définitif de la règle des confessions et qu'indépendamment de cette règle la *Charte* interdit le comportement qui est inéquitable et déconsidère le processus d'enquête policière. Le subterfuge des policiers dans l'affaire *Hebert* était un exemple de comportement qui ne violait pas la règle de common law, mais qui contrevenait à la *Charte*. La cour a ajouté que [TRADUCTION] « [d]ans le contexte d'un interrogatoire d'enquête mené par une personne qui est de toute évidence en situation d'autorité, il se peut que l'interprétation large de la règle des confessions dans l'arrêt *Oickle* laisse peu de place additionnelle à l'art. 7, mais un critère d'admissibilité à deux volets n'a aucune utilité particulière » (par. 19).

La cour n'a relevé aucune erreur dans la conclusion du juge du procès selon laquelle le stratagème utilisé par la police en l'espèce constituait une technique de persuasion légitime et ne privait pas l'appelant du choix de garder le silence. Les deux interrogatoires ont été enregistrés sur bande vidéo, et le juge du procès était dans une excellente position pour apprécier le caractère équitable du processus. La cour a donc conclu qu'il n'y avait aucune raison de modifier ses conclusions de fait, et l'appel a été rejeté.

### 3. Analyse

#### 3.1 *L'auto-incrimination : le principe général à l'origine de la règle des confessions et du droit de garder le silence*

Même si, autrefois, la règle des confessions s'attachait davantage à la fiabilité des confessions qu'à la protection contre l'auto-incrimination, ce n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*. La règle des confessions et le droit constitutionnel de garder le silence sont des manifestations du principe interdisant l'auto-incrimination. Ce dernier principe est une notion générale que le juge en chef Lamer a décrite utilement comme étant un « principe directeur général de droit criminel », dont il est possible de tirer un certain nombre de

19

20

21

2 S.C.R. 229, at p. 249. Similarly, Iacobucci J. in *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, described the principle against self-incrimination in these words:

The jurisprudence of this Court is clear that the principle against self-incrimination is an overarching principle within our criminal justice system, from which a number of specific common law and *Charter* rules emanate, such as the confessions rule, and the right to silence, among many others. The principle can also be the source of new rules in appropriate circumstances. Within the *Charter*, the principle against self-incrimination is embodied in several of the more specific procedural protections such as, for example, the right to counsel in s. 10(b), the right to non-compellability in s. 11(c), and the right to use immunity set out in s. 13. The *Charter* also provides residual protection to the principle through s. 7. [Emphasis added; para. 44.]

22

Mr. Singh concedes that his statements were obtained in conformity with the common law confessions rule — in other words, that they were voluntary. His application to exclude his statements from the evidence is grounded, rather, in the residual protection afforded to the right to silence under ss. 7 and 24 of the *Charter*. These provisions read as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

It is clear that Mr. Singh's liberty interest, protected under s. 7 of the *Charter*, is engaged by the potential admission of his incriminating statements in evidence at his trial for second degree murder.

règles : *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 249. De même, le juge Iacobucci a décrit le principe interdisant l'auto-incrimination dans l'arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417 :

Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour que le principe interdisant l'auto-incrimination est un principe prépondérant dans notre système de justice criminelle, duquel émanent un certain nombre de règles issues de la common law et de la *Charte*, comme la règle des confessions et le droit de garder le silence, parmi tant d'autres. Ce principe peut aussi être la source de nouvelles règles en temps opportun. Dans la *Charte*, le principe interdisant l'auto-incrimination se retrouve dans plusieurs protections procédurales plus précises, comme, par exemple, le droit à l'avocat selon l'al. 10b), le droit à la non-contraignabilité selon l'al. 11c) et le droit à l'immunité contre l'utilisation de la preuve selon l'art. 13. La *Charte* prévoit également une protection résiduelle de ce principe par son art. 7. [Je souligne; par. 44.]

Monsieur Singh reconnaît que ses déclarations ont été obtenues d'une manière conforme à la règle des confessions en common law — autrement dit, qu'elles étaient volontaires. L'élément qu'il invoque pour demander leur exclusion de la preuve est plutôt la protection résiduelle dont le droit de garder le silence bénéficie en vertu des art. 7 et 24 de la *Charte*, dont voici le texte :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Il est clair que le droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit à M. Singh entre en jeu en raison de la possibilité que ses déclarations incriminantes soient admises en preuve lors de son procès pour meurtre au deuxième degré.

Since voluntariness is conceded, the scope of the common law confessions rule and its application to the facts of this case are not strictly in issue on this appeal. However, a question is raised concerning the interplay between the confessions rule and the *Charter* right to silence. More specifically, Mr. Singh takes the position that the Court of Appeal erred in law in stating at para. 19 that “[i]n the context of an investigatory interview with an obvious person in authority, the expansive view of the confession rule in *Oickle* may leave little additional room for s. 7 but there is no particular utility in a double-barrelled test of admissibility.” It therefore becomes necessary to examine the various components of the confessions rule to determine how they relate to the right to silence.

As we shall see, there is considerable overlap between the inquiry into voluntariness and the review under s. 7 of the *Charter* in respect of an alleged breach of the right to silence. This should come as no surprise. First, the right to silence is not a concept that was newly born with the advent of the *Charter*. The right long pre-dated the *Charter* and was embraced in the common law confessions rule. Second, in *Hebert*, this Court’s recognition of the residual protection afforded to the pre-trial right to silence under s. 7 of the *Charter* was largely informed by the confessions rule and the scope of the protection it provides to an individual’s right to choose whether or not to speak to the authorities. Third, this Court’s expansive restatement of the confessions rule in *Oickle*, in turn, was largely informed by a consideration of *Charter* principles, including the right to silence as defined in *Hebert*.

I therefore read the Court of Appeal’s comment on the interplay between the confessions rule and the s. 7 right to silence as a recognition of this considerable overlap. Indeed, as I will explain, in the context of a police interrogation of a person in

Puisque l’existence du caractère volontaire est reconnue, la portée de la règle des confessions en common law et son application aux faits de la présente affaire ne sont pas, à proprement parler, en cause dans le présent pourvoi. Une question est toutefois soulevée au sujet de l’interaction entre la règle des confessions et le droit de garder le silence garanti par la *Charte*. Plus précisément, M. Singh soutient que la Cour d’appel a commis une erreur de droit en affirmant, au par. 19, que [TRADUCTION] « [d]ans le contexte d’un interrogatoire d’enquête mené par une personne qui est de toute évidence en situation d’autorité, il se peut que l’interprétation large de la règle des confessions dans l’arrêt *Oickle* laisse peu de place additionnelle à l’art. 7, mais un critère d’admissibilité à deux volets n’a aucune utilité particulière. » Il devient donc nécessaire d’examiner les divers éléments de la règle des confessions pour en déterminer le lien avec le droit de garder le silence.

Comme nous le verrons, il existe un recoupement important entre l’examen du caractère volontaire et l’examen d’une allégation d’atteinte au droit de garder le silence effectué en vertu de l’art. 7 de la *Charte*. Cela n’a rien d’étonnant. Premièrement, le droit de garder le silence n’est pas un concept qui s’est formé avec l’avènement de la *Charte*. Il existait déjà depuis longtemps avant la *Charte* et était compris dans la règle des confessions reconnue en common law. Deuxièmement, la reconnaissance par notre Cour, dans l’arrêt *Hebert*, de la protection résiduelle accordée par l’art. 7 de la *Charte* au droit de garder le silence avant le procès reposait en grande partie sur la règle des confessions et la portée de la protection qu’elle offre au droit d’un individu de choisir de parler ou non aux autorités. Troisièmement, la reformulation large de la règle des confessions par notre Cour dans l’arrêt *Oickle* était, par ailleurs, largement fondée sur un examen des principes de la *Charte*, y compris le droit de garder le silence défini dans l’arrêt *Hebert*.

Je considère donc que la remarque de la Cour d’appel sur l’interaction entre la règle des confessions et le droit de garder le silence garanti par l’art. 7 constitue une reconnaissance de ce recoupement important. En fait, comme je vais l’expliquer, dans

detention, where the detainee knows he or she is speaking to a person in authority, the two tests for determining whether the suspect's right to silence was respected are functionally equivalent. (The symmetry between the confessions rule and related *Charter* rights in so far as the requisite mental capacity is concerned was previously recognized in *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, where the Court held that the operating mind test at common law fully answers the mental capacity requirement for an effective waiver of the right to counsel and the mental capacity necessary to make an active choice with respect to the right to silence.) Therefore, in the context of an interrogation of a detainee by an obvious person in authority, the Court of Appeal was correct to question the utility of a "double-barrelled test of admissibility". In addition, because the Crown bears the burden of establishing voluntariness beyond a reasonable doubt and exclusion is automatic if the test is not met, the common law affords greater protection to the accused and there is no point in conducting a distinct s. 7 inquiry. However, as I will explain, the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 of the *Charter* will be of added value to the accused in other contexts.

26

I will now examine the nature and scope of the confessions rule, particularly in respect of its commonality with the right to silence.

### 3.2 *The Confessions Rule*

27

As stated earlier, the right to silence, although now constitutionally entrenched, long pre-dates the *Charter*. The right to silence as a common law principle was recently affirmed by this Court in *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50. Stated broadly, the common law right to silence simply reflects the general principle that, absent statutory or other legal compulsion, no one is obligated to provide information to the police or respond to questioning. At para. 41, Abella J., writing for the Court, reiterated Lamer J.'s defining statement of

le cas où le détenu qui subit un interrogatoire policier sait qu'il s'adresse à une personne en situation d'autorité, les deux critères applicables pour déterminer si le droit du suspect de garder le silence a été respecté sont fonctionnellement équivalents. (La symétrie entre la règle des confessions et les droits connexes garantis par la *Charte* en ce qui a trait à la capacité mentale requise a déjà été reconnue dans l'arrêt *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, où la Cour a conclu que le critère de l'état d'esprit conscient en common law répond parfaitement à l'exigence de la capacité mentale requise pour renoncer efficacement au droit à l'assistance d'un avocat et pour faire activement un choix relativement au droit de garder le silence.) Par conséquent, dans le contexte de l'interrogatoire d'un détenu par une personne qui est de toute évidence en situation d'autorité, la Cour d'appel a eu raison de mettre en doute l'utilité d'un [TRADUCTION] « critère d'admissibilité à deux volets ». En outre, du fait qu'il incombe au ministre public d'établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable et que l'exclusion est automatique si ce critère n'est pas respecté, la common law offre une plus grande protection à l'accusé et il est inutile de procéder à un examen distinct fondé sur l'art. 7. Cependant, comme je vais l'expliquer, la protection résiduelle accordée au droit de garder le silence par l'art. 7 de la *Charte* aura une utilité supplémentaire pour l'accusé dans d'autres contextes.

Je vais maintenant examiner la nature et la portée de la règle des confessions, plus particulièrement du point de vue de ses traits communs avec le droit de garder le silence.

### 3.2 *La règle des confessions*

Comme nous l'avons vu, bien qu'il soit désormais constitutionnalisé, le droit de garder le silence est de beaucoup antérieur à la *Charte*. Ce droit, en tant que principe de common law, a récemment été confirmé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50. De manière générale, le droit de garder le silence reconnu en common law traduit simplement le principe général voulant que, en l'absence de contrainte légale ou d'une autre forme de contrainte juridique, nul ne soit tenu de fournir des renseignements à la police

the right in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640:

In Canada the right of a suspect not to say anything to the police . . . is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise. [Footnotes omitted; p. 683.]

What the common law recognizes is the individual's right to *remain* silent. This does not mean, however, that a person has the right *not to be spoken to* by state authorities. The importance of police questioning in the fulfilment of their investigative role cannot be doubted. One can readily appreciate that the police could hardly investigate crime without putting questions to persons from whom it is thought that useful information may be obtained. The person suspected of having committed the crime being investigated is no exception. Indeed, if the suspect in fact committed the crime, he or she is likely the person who has the most information to offer about the incident. Therefore, the common law also recognizes the importance of police interrogation in the investigation of crime.

Of course, the information obtained from a suspect is only useful in the elucidation of crime if it can be relied upon for its truth — hence the primary reason for the confessions rule, the concern about the reliability of confessions. The common law confessions rule is largely informed by the problem of false confessions. As noted in *Oickle*, “[t]he history of police interrogations is not without its unsavoury chapters” (para. 34). The parameters of the rule are very much tailored to counter the dangers created by improper interrogation techniques that commonly produce false confessions: see *Oickle*, at

ou de répondre à ses questions. S’exprimant au nom de notre Cour, la juge Abella a repris, au par. 41, la définition de ce droit donnée par le juge Lamer dans l’arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640 :

Au Canada, le droit d’un suspect de ne rien dire à la police [. . .] n’est que l’exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l’y oblige. C’est parce qu’aucune loi ne dit qu’un suspect, sauf dans certaines circonstances, doit dire quelque chose à la police que nous disons qu’il a le droit de garder le silence; c’est une façon positive d’expliquer que la loi ne l’oblige pas à agir autrement. [Notes omises; p. 683.]

Ce que la common law reconnaît, c’est le droit d’un individu de *garder* le silence. Toutefois, cela ne signifie pas que quelqu’un a le droit *de ne pas se faire adresser la parole* par les autorités de l’État. On ne saurait douter de l’importance que l’interrogatoire revêt dans le travail d’enquête des policiers. On comprendra aisément qu’il serait difficile pour la police d’enquêter sur un crime sans poser de questions aux personnes qui, selon elle, sont susceptibles de lui fournir des renseignements utiles. La personne soupçonnée d’avoir commis le crime à l’origine de l’enquête ne fait pas exception. Du reste, s’il a effectivement commis le crime, le suspect est vraisemblablement la personne ayant le plus de renseignements à fournir au sujet de l’épisode en question. La common law reconnaît donc aussi l’importance de l’interrogatoire policier dans les enquêtes criminelles.

Il est évident que les renseignements obtenus auprès d’un suspect ne sont utiles pour élucider un crime que s’ils peuvent être invoqués pour en établir la véracité — d’où la première raison d’être de la règle des confessions, la préoccupation relative à la fiabilité des confessions. La règle des confessions en common law découle en grande partie du problème des fausses confessions. Comme on l’a souligné dans l’arrêt *Oickle*, « [l]’histoire des interrogatoires policiers n’est pas exempte d’épisodes plutôt répugnants » (par. 34). Les paramètres de la règle sont largement conçus pour contrer les

paras. 32-46. Further, a confession is a very powerful item of evidence against an accused which, in and of itself, can ground a conviction. One of the overriding concerns of the criminal justice system is that the innocent must not be convicted. Because it is recognized that involuntary confessions are more likely to be unreliable, the confessions rule requires proof beyond a reasonable doubt of the voluntariness of any statement obtained from an accused by a person in authority before it may be admitted in evidence, so as to avoid miscarriages of justice.

risques découlant des techniques d'interrogatoire irrégulières qui produisent généralement de fausses confessions : voir l'arrêt *Oickle*, par. 32-46. De plus, la confession représente, à l'égard de l'accusé, un élément de preuve très redoutable qui peut, à lui seul, fonder une déclaration de culpabilité. L'un des principaux soucis du système de justice criminelle est d'éviter qu'une personne innocente soit déclarée coupable. Puisqu'il est reconnu que les confessions involontaires risquent davantage de ne pas être fiables, la règle des confessions prévoit que, pour qu'une déclaration obtenue auprès d'un accusé par une personne en situation d'autorité puisse être admise en preuve, il faut préalablement en établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable, de manière à éviter les erreurs judiciaires.

30 Of course, not every involuntary confession is false. While the confession rule's primary concern is with reliability, it is well established that voluntariness is a broader concept. As this Court stated in *Oickle* (at para. 70): "Wigmore perhaps summed up the point best when he said that voluntariness is 'shorthand for a complex of values': *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, § 826, at p. 351." These values include respect for the *individual's freedom of will*, the need for law enforcement officers themselves to obey the law, and the overall fairness of the criminal justice system: see *Oickle*, at paras. 69-70, citing *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960), at p. 207.

Il va sans dire que les confessions involontaires ne sont pas toutes fausses. Bien que la règle des confessions s'attache avant tout à la question de la fiabilité, il est bien établi que le caractère volontaire est une notion plus large. Comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Oickle* (par. 70) : « Wigmore est peut-être celui qui a le mieux résumé la question lorsqu'il a dit que le caractère volontaire était [TRADUCTION] "la formulation synthétique d'un faisceau de valeurs" : *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, § 826, à la p. 351. » Au nombre de ces valeurs figurent le respect de la *liberté de choix de l'individu*, la nécessité que les policiers respectent la loi quand ils l'appliquent et l'équité globale du système de justice criminelle : voir l'arrêt *Oickle*, par. 69-70, où l'on cite l'arrêt *Blackburn c. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960), p. 207.

31 Therefore, the notion of voluntariness is broad-based and has long included the common law principle that a person is not obliged to give information to the police or to answer questions. This component of the voluntariness rule is reflected in the usual police caution given to a suspect and the importance attached (even before the advent of the *Charter*) to the presence of a caution as a factor in determining the voluntariness of a statement made by a person under arrest or detention: see *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d

Par conséquent, la notion du caractère volontaire est générale et englobe depuis longtemps le principe de common law voulant que nul ne soit tenu de donner des renseignements à la police ou de répondre à ses questions. Cet aspect de la règle du caractère volontaire ressort de la mise en garde policière que reçoivent habituellement les suspects et de l'importance accordée (même avant l'avènement de la *Charte*) à l'existence d'une mise en garde en tant que facteur à considérer pour déterminer le caractère volontaire d'une déclaration faite par une personne arrêtée ou détenue : voir les arrêts

88 (Ont. C.A.). A common form of the police caution given to a person who has been charged with an offence is the following: “You are charged with . . . Do you wish to say anything in answer to the charge? You are not obliged to say anything but whatever you do say may be given in evidence.” Therefore, the police caution, in plain language, informs the suspect of his right to remain silent. Its importance as a factor on the question of voluntariness was noted by this Court as early as 1949 in *Boudreau*:

The fundamental question is whether a confession of an accused offered in evidence is voluntary. The mere fact that a warning was given is not necessarily decisive in favour of admissibility but, on the other hand, the absence of a warning should not bind the hands of the Court so as to compel it to rule out a statement. All the surrounding circumstances must be investigated and, if upon their review the Court is not satisfied of the voluntary nature of the admission, the statement will be rejected. Accordingly, the presence or absence of a warning will be a factor and, in many cases, an important one. [Emphasis added; p. 267.]

Although the confessions rule applies whether or not the suspect is in detention, the common law recognized, also long before the advent of the *Charter*, that the suspect’s situation is much different *after detention*. (As we shall see, the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 of the *Charter* is only triggered upon detention.) After detention, the state authorities are in control and the detainee, who cannot simply walk away, is in a more vulnerable position. There is a greater risk of abuse of power by the police. The fact of detention alone can have a significant impact on the suspect and cause him or her to feel compelled to give a statement. The importance of reaffirming the individual’s right to choose whether to speak to the authorities after he or she is detained is reflected in the jurisprudence concerning the timing of the police caution. René Marin, in his text *Admissibility of Statements* (9th ed. (loose-leaf)), at pp. 2-24.2 and 2-24.3, provides a useful

*Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.). La mise en garde policière faite à une personne accusée d’une infraction revêt souvent la forme suivante : [TRADUCTION] « Vous êtes accusé[e] de [ . . . ] Souhaitez-vous déclarer quelque chose en réponse à cette accusation? Vous n’êtes pas obligé(e) de dire quoi que ce soit, mais tout ce que vous direz pourra servir de preuve. » La mise en garde policière informe donc clairement le suspect de son droit de garder le silence. Dès 1949, dans l’arrêt *Boudreau*, notre Cour en a souligné l’importance en tant que facteur à considérer pour trancher la question du caractère volontaire :

[TRADUCTION] Il s’agit essentiellement de savoir si la confession d’un accusé produite en preuve est volontaire. La simple existence d’une mise en garde ne fait pas nécessairement pencher la balance en faveur de l’admissibilité, mais l’absence de mise en garde ne devrait pas non plus avoir pour effet d’obliger la cour à écarter une déclaration. La cour doit examiner toutes les circonstances ayant entouré une déclaration et si, après cet examen, elle n’est pas convaincue du caractère volontaire de l’aveu qu’elle constitue, la déclaration sera rejetée. L’existence ou l’absence d’une mise en garde est donc un facteur à considérer, qui, dans bien des cas, est important. [Je souligne; p. 267.]

Bien que la règle des confessions s’applique peu importe que le suspect soit détenu ou non, la common law reconnaissait, là encore bien avant l’avènement de la *Charte*, que la situation du suspect est très différente *après sa mise en détention*. (Comme nous le verrons, la protection résiduelle accordée au droit de garder le silence par l’art. 7 de la *Charte* n’entre en jeu qu’après la mise en détention.) Après la mise en détention, les autorités de l’État ont la situation en main et le détenu, qui ne peut pas simplement s’esquiver, se trouve dans une position plus vulnérable. Le risque d’abus de pouvoir de la part des policiers est plus élevé. Le seul fait d’être détenu peut avoir un effet important sur le suspect et l’amener à se sentir contraint de faire une déclaration. L’importance de réaffirmer le droit de l’individu de choisir de parler ou non aux autorités après sa mise en détention se reflète dans la jurisprudence relative au moment où doit être faite la mise en garde policière. Dans son ouvrage intitulé

yardstick for the police on when they should caution a suspect:

The warning should be given when there are reasonable grounds to suspect that the person being interviewed has committed an offence. An easy yardstick to determine when the warning should be given is for a police officer to consider the question of what he or she would do if the person attempted to leave the questioning room or leave the presence of the officer where a communication or exchange is taking place. If the answer is arrest (or detain) the person, then the warning should be given.

33

These words of advice are sound. Even if the suspect has not formally been arrested and is not obviously under detention, police officers are well advised to give the police caution in the circumstances described by Marin. Of course, with the advent of the *Charter*, the s. 10 right to counsel is triggered upon arrest or detention. The right to counsel has both an informational and an implementational component. It seeks to ensure that persons who become subject to the coercive power of the state will know about their right to counsel and will be given the opportunity to exercise it so they can make an informed choice whether to participate in the investigation against them. Therefore, if the detainee has exercised his s. 10 *Charter* right to counsel, he will presumably have been informed of his right to remain silent, and the overall significance of the caution may be somewhat diminished. Where the suspect has not consulted with counsel, however, the police caution becomes all the more important as a factor in answering the ultimate question of voluntariness.

34

As we can see from the foregoing discussion, the right to silence, as a facet of the principle against self-incrimination, was already very much a part of the common law confessions rule when the *Charter* came into force in 1982. Any remaining uncertainty as to whether the confessions rule embraced the right to silence was clearly dispelled by this Court in *Hebert*. The Court recognized that

*Admissibility of Statements* (9<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 2-24.2 et 2-24.3, René Marin propose à cet égard aux policiers un critère utile :

[TRADUCTION] La mise en garde devrait être faite lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que la personne interrogée a commis une infraction. Pour déterminer selon un critère simple à quel moment il faut la faire, le policier peut se demander ce qu'il ferait si la personne tentait de quitter la salle d'interrogatoire ou de lui fausser compagnie pendant une communication ou un échange. Si la réponse est qu'il procéderait à l'arrestation (ou à la mise en détention) de cette personne, il y a alors lieu de faire la mise en garde.

Il s'agit là d'un conseil judicieux. Même si le suspect n'est pas officiellement en état d'arrestation et qu'il n'est manifestement pas détenu, la mise en garde policière est indiquée dans les circonstances décrites par Marin. Il va sans dire que, depuis l'avènement de la *Charte*, le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'art. 10 entre en jeu dès l'arrestation ou la mise en détention. Il s'agit à la fois du droit de consulter un avocat et de celui d'être informé de ce droit. Il vise à garantir que les personnes soumises au pouvoir coercitif de l'État connaissent leur droit de recourir à l'assistance d'un avocat et aient la possibilité de l'exercer, de manière à pouvoir faire un choix éclairé quant à savoir si elles participeront ou non à l'enquête dont elles sont l'objet. Par conséquent, si le détenu a exercé le droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'art. 10, il aura vraisemblablement été informé de son droit de garder le silence, et l'importance globale de la mise en garde peut se trouver quelque peu réduite. Toutefois, si le suspect n'a pas consulté un avocat, la mise en garde policière devient d'autant plus importante en tant que facteur à considérer pour répondre à la question du caractère volontaire qui se pose en dernière analyse.

Il ressort de ce qui précède que, lorsque la *Charte* est entrée en vigueur en 1982, le droit de garder le silence, en tant que facette du principe interdisant l'auto-incrimination, faisait déjà vraiment partie de la règle des confessions reconnue en common law. Toute incertitude qui pouvait subsister quant à savoir si la règle des confessions englobait le droit de garder le silence a été clairement dissipée par

the right to silence formed part of the “basic tenets of our legal system” and hence became constitutionalized under s. 7 (pp. 162-63). In defining the scope of the *Charter* right to silence, McLachlin J. (as she then was) focussed in large part on related rules at common law, including the confessions rule. In reviewing the scope of the common law confessions rule, she explained (at pp. 166-67) that the jurisprudence on confessions revealed two persistent themes. The first related to the exercise of free will in choosing whether to speak to police or remain silent and the second to ensuring that reception of the impugned statement would not result in unfairness or bring the administration of justice into disrepute. She further explained how, in turn, this broader concept of the rule forms part of our fundamental notion of procedural fairness and how it also reflects the view that the rationale for the confessions rule “goes beyond the exclusion of unreliable statements and extends to considerations of whether reception of the statement will be unfair or tend to bring the administration of justice into disrepute”. (p. 167). The question posed by McLachlin J. following this historical review of the confessions rule was whether this broader notion of voluntariness “should prevail in the post-*Charter* era” (p. 173). She concluded that it should.

Ten years later, this Court in *Oickle* made express reference to the analysis in *Hebert* and embraced this modern expansive view of the confessions rule which, significantly for our purposes, clearly includes the right of the detained person to make a meaningful choice whether or not to speak to state authorities: see paras. 24-26. Iacobucci J. then reviewed the various components of the contemporary confessions rule, stressing, of course, that “[t]he application of the rule will by necessity be contextual” and that “all the relevant factors” must be considered (para. 47). He went on to describe the more common circumstances that vitiate the voluntariness of a confession using the well-known headings: (a) threats or promises, (b)

notre Cour dans l’arrêt *Hebert*. Celle-ci a reconnu que le droit de garder le silence faisait partie des « préceptes fondamentaux de notre système juridique » et avait en conséquence été constitutionnalisé en vertu de l’art. 7 (p. 162-163). Pour définir la portée du droit de garder le silence garanti par la *Charte*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) s’est fondée dans une large mesure sur des règles de common law connexes, dont la règle des confessions. En examinant la portée de la règle des confessions reconnue en common law, elle a expliqué (p. 166-167) que deux thèmes constants ressortaient de la jurisprudence relative aux confessions. Le premier concernait l’usage du libre arbitre dans le choix de parler à la police ou de garder le silence, et le second, l’assurance que la réception de la déclaration contestée ne créerait pas une iniquité ou ne serait pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Ensuite, elle a expliqué comment cette notion plus large de la règle fait partie de notre conception fondamentale de l’équité procédurale et comment elle reflète le point de vue selon lequel la raison d’être de la règle des confessions « va au-delà de l’exclusion des déclarations non dignes de foi pour s’étendre aux questions de savoir si la réception de la déclaration sera inéquitable ou susceptible de déconsidérer l’administration de la justice » (p. 167). Après avoir fait cet historique de la règle des confessions, la juge McLachlin s’est demandé si cette notion plus large du caractère volontaire « devrait prévaloir après l’adoption de la *Charte* » (p. 173), pour conclure qu’elle le devrait.

Dix ans plus tard, dans l’arrêt *Oickle*, notre Cour a mentionné expressément l’analyse de l’arrêt *Hebert* et a adopté cette interprétation large moderne de la règle des confessions qui, faut-il le noter en l’espèce, inclut nettement le droit de la personne détenue de faire un choix utile quant à savoir si elle parlera ou non aux autorités de l’État : voir par. 24-26. Le juge Iacobucci a alors examiné les divers éléments de la règle des confessions contemporaine, en soulignant bien entendu que « [l]’application de la règle est, par nécessité, contextuelle » et qu’il faut tenir compte de « tous les facteurs pertinents » (par. 47). Il a ensuite décrit les conditions les plus courantes qui vicient le caractère volontaire des confessions en utilisant les rubriques bien connues

oppression, and (c) operating mind. In keeping with the broader modern approach to the confessions rule, he also added a final consideration in determining whether a confession is voluntary or not — the police use of trickery to obtain a confession that would “shock the community” (para. 66). He explained that: “Unlike the previous three headings, this doctrine is a distinct inquiry. While it is still related to voluntariness, its more specific objective is maintaining the integrity of the criminal justice system” (para. 65). Finally, it is noteworthy that, in summarizing the parameters of the confessions rule, Iacobucci J. made express reference to the right to silence as a relevant facet of the rule:

The doctrines of oppression and inducements are primarily concerned with reliability. However, as the operating mind doctrine and Lamer J.’s concurrence in *Rothman, supra*, both demonstrate, the confessions rule also extends to protect a broader conception of voluntariness “that focuses on the protection of the accused’s rights and fairness in the criminal process”: J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 339. Voluntariness is the touchstone of the confessions rule. Whether the concern is threats or promises, the lack of an operating mind, or police trickery that unfairly denies the accused’s right to silence, this Court’s jurisprudence has consistently protected the accused from having involuntary confessions introduced into evidence. If a confession is involuntary for any of these reasons, it is inadmissible. [Emphasis added; para. 69.]

36

On the question of voluntariness, as under any distinct s. 7 review based on an alleged breach of the right to silence, the focus is on the conduct of the police and its effect on the suspect’s ability to exercise his or her free will. The test is an objective one. However, the individual characteristics of the accused are obviously relevant considerations in applying this objective test.

que sont a) les menaces ou promesses, b) l’oppression et c) l’état d’esprit conscient. Conformément à l’interprétation large moderne de la règle des confessions, il a aussi ajouté un dernier facteur à considérer pour déterminer si une confession est volontaire ou non — le recours par la police à des ruses qui « choquer[aient] la collectivité », dans le but d’obtenir une confession (par. 66). Le juge a expliqué que, « [c]ontrairement aux théories qui ont fait l’objet des trois dernières rubriques, cette théorie établit une analyse distincte. Bien qu’elle soit elle aussi liée au caractère volontaire, elle vise plus précisément à préserver l’intégrité du système de justice pénale » (par. 65). Il convient enfin de signaler qu’en résumant les paramètres de la règle des confessions le juge Iacobucci a décrit expressément le droit de garder le silence comme étant une facette pertinente de la règle :

La théorie de l’oppression et celle des encouragements s’attachent principalement à la fiabilité. Cependant, comme le démontrent la théorie de l’état d’esprit conscient et les motifs concordants du juge Lamer dans *Rothman*, précité, la règle des confessions vise également à protéger une conception plus large du caractère volontaire [TRADUCTION] « qui met l’accent sur la protection des droits de l’accusé et l’équité du processus pénal » : J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), à la p. 339. Le caractère volontaire est la pierre d’assise de la règle des confessions. Qu’il ait été question de menaces ou de promesses, de l’absence d’un état d’esprit conscient ou encore de ruses policières qui privent injustement l’accusé de son droit de garder le silence, la jurisprudence de notre Cour a invariablement protégé l’accusé contre l’admission en preuve d’une confession non volontaire. Si la confession est involontaire pour l’une ou l’autre de ces raisons, elle est inadmissible. [Je souligne; par. 69.]

En ce qui concerne la question du caractère volontaire, comme dans tout examen distinct effectué en vertu de l’art. 7 au sujet d’une allégation de violation du droit de garder le silence, l’accent est mis sur le comportement de la police et sur l’incidence qu’il a eu sur la capacité du suspect d’user de son libre arbitre. Le critère est de nature objective. Cependant, les caractéristiques individuelles de l’accusé constituent, de toute évidence, des facteurs pertinents pour appliquer ce critère objectif.

Therefore, voluntariness, as it is understood today, requires that the court scrutinize whether the accused was denied his or her right to silence. The right to silence is defined in accordance with constitutional principles. A finding of voluntariness will therefore be determinative of the s. 7 issue. In other words, if the Crown proves voluntariness beyond a reasonable doubt, there can be no finding of a *Charter* violation of the right to silence in respect of the same statement. The converse holds true as well. If the circumstances are such that an accused is able to show on a balance of probabilities a breach of his or her right to silence, the Crown will not be in a position to meet the voluntariness test. It is important to understand, however, the proper scope of the constitutionalized right to silence, a question that I will address in a moment. As I will explain, Mr. Singh's real bone of contention lies in the scope of the right to silence now constitutionally entrenched under s. 7 of the *Charter*. However, before I do so, more needs to be said on the interrelation between the confessions rule and the residual protection afforded under s. 7 of the *Charter*.

Much concern was expressed on this appeal about this overlap between the confessions rule and s. 7 of the *Charter*. However, Mr. Singh's argument that his *Charter* right to silence is somehow rendered meaningless by an approach that recognizes the full breadth of the contemporary confessions rule is misguided. First, there is nothing unusual in the fact that common law rules develop along *Charter* lines. The common law confessions rule is no exception. Second, the expanded approach adopted in *Oickle* does not negate, but rather *enhances*, the protection of Mr. Singh's right to silence. As stated already, under the common law rule, the onus is on the Crown to prove voluntariness beyond a reasonable doubt. The mere presence of a doubt as to the exercise of the detainee's free will in making the statement will suffice to ground a remedy. And, by contrast to remedies under the *Charter*, which are subject to the court's discretion

Pour se prononcer sur le caractère volontaire, au sens où on l'entend de nos jours, le tribunal doit donc examiner si l'accusé a été privé de son droit de garder le silence. La définition du droit de garder le silence est conforme aux principes constitutionnels. Par conséquent, une conclusion à l'existence du caractère volontaire sera déterminante quant à la question relative à l'art. 7. Autrement dit, si le ministère public établit le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable, il sera alors impossible de conclure à une violation du droit de garder le silence garanti par la *Charte* en ce qui concerne la même déclaration. L'inverse est également vrai. Dans le cas où un accusé peut prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu violation de son droit de garder le silence, le ministère public ne sera pas en mesure de satisfaire au critère du caractère volontaire. Cependant, il importe de saisir la portée que doit avoir le droit constitutionnalisé de garder le silence, question sur laquelle je reviendrai dans un instant. Comme je vais l'expliquer, la véritable question que soulève M. Singh concerne la portée du droit de garder le silence maintenant constitutionnalisé en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, il est préalablement nécessaire d'en dire plus sur la corrélation entre la règle des confessions et la protection résiduelle offerte par l'art. 7 de la *Charte*.

On s'est beaucoup préoccupé, en l'espèce, du recoupement entre la règle des confessions et l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, M. Singh a tort de soutenir qu'une approche qui donne plein effet à la règle moderne des confessions vide en quelque sorte de tout son sens de droit de garder le silence que lui garantit la *Charte*. Premièrement, il n'y a rien d'inusité dans le fait que les règles de common law évoluent dans le sens de la *Charte*. La règle des confessions en common law ne fait pas exception. Deuxièmement, l'interprétation large retenue dans l'arrêt *Oickle* n'écarte pas la protection du droit de M. Singh de garder le silence, mais au contraire elle la *renforce*. Comme nous l'avons vu, la règle de common law oblige le ministère public à établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable. La seule existence d'un doute quant à savoir si le détenu a usé de son libre arbitre en faisant la déclaration est suffisante pour justifier une réparation.

under s. 24(2), a violation of the confessions rule always warrants exclusion. In *Oickle*, Iacobucci J. noted the wider protection afforded under the confessions rule in explaining why he rejected the suggestion that the *Charter* should be regarded as subsuming the common law rules. His words bear repeating:

One possible view is that the *Charter* subsumes the common law rules.

But I do not believe that this view is correct, for several reasons. First, the confessions rule has a broader scope than the *Charter*. For example, the protections of s. 10 only apply “on arrest or detention”. By contrast, the confessions rule applies whenever a person in authority questions a suspect. Second, the *Charter* applies a different burden and standard of proof from that under the confessions rule. Under the former, the burden is on the accused to show, on a balance of probabilities, a violation of constitutional rights. Under the latter, the burden is on the prosecution to show beyond a reasonable doubt that the confession was voluntary. Finally, the remedies are different. The *Charter* excludes evidence obtained in violation of its provisions under s. 24(2) only if admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute: see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and the related jurisprudence. By contrast, a violation of the confessions rule always warrants exclusion.

These various differences illustrate that the *Charter* is not an exhaustive catalogue of rights. Instead, it represents a bare minimum below which the law must not fall. A necessary corollary of this statement is that the law, whether by statute or common law, can offer protections beyond those guaranteed by the *Charter*. The common law confessions rule is one such doctrine, and it would be a mistake to confuse it with the protections given by the *Charter*. While obviously it may be appropriate, as in *Hebert*, *supra*, to interpret one in light of the other, it would be a mistake to assume

De plus, contrairement aux réparations fondées sur la *Charte* qui, en vertu du par. 24(2), sont assujetties au pouvoir discrétionnaire du tribunal, la violation de la règle des confessions justifie dans tous les cas l'exclusion de la déclaration en cause. Dans l'arrêt *Oickle*, le juge Iacobucci a souligné la protection plus large offerte par la règle des confessions lorsqu'il a expliqué pourquoi il rejetait l'idée qu'il y avait lieu de considérer que la *Charte* subsume les règles de common law. Il convient de rappeler les propos qu'il a tenus à cet égard :

Une interprétation possible est que la *Charte* subsume ces règles.

Cependant, je ne crois pas que cette interprétation soit fondée, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, la règle des confessions a une portée plus grande que les droits garantis par la *Charte*. Par exemple, les garanties prévues par l'art. 10 ne s'appliquent qu'« en cas d'arrestation ou de détention ». Par comparaison, la règle des confessions s'applique chaque fois qu'une personne en situation d'autorité interroge un suspect. Deuxièmement, le fardeau de la preuve et la norme de preuve ne sont pas les mêmes pour l'application de la *Charte* que pour la règle des confessions. Dans le cas de la *Charte*, il incombe à l'accusé d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu atteinte à des droits constitutionnels, alors que dans le cas de la règle des confessions, il incombe à la poursuite d'établir, hors de tout doute raisonnable, que l'aveu était volontaire. Enfin, les réparations diffèrent dans l'un et l'autre cas. En vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le tribunal peut écarter des éléments de preuve obtenus en violation des dispositions de la *Charte*, mais seulement si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice : voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et la jurisprudence connexe. À l'opposé, la violation de la règle des confessions commande dans tous les cas l'exclusion des éléments de preuve.

Ces différences illustrent bien le fait que la *Charte* n'englobe pas exhaustivement tous les droits. Au contraire, elle représente le strict minimum que le droit doit respecter. Le corollaire nécessaire de cette affirmation est que le droit peut établir, soit au moyen de dispositions législatives ou de règles de common law, d'autres garanties que celles prévues par la *Charte*. La règle des confessions de la common law constitue un tel principe, et il serait erroné de le confondre avec les garanties offertes par la *Charte*. Bien qu'il puisse certes être approprié, comme l'a fait notre Cour dans *Hebert*,

one subsumes the other entirely. [Emphasis added; paras. 29-31.]

Further elaboration is required here on the warning that it would be “a mistake to assume one subsumes the other entirely”. For the reasons I have already expressed, the confessions rule effectively subsumes the constitutional right to silence in circumstances where an obvious person in authority is interrogating a person who is in detention because, in such circumstances, the two tests are functionally equivalent. However, this does not mean that the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 of the *Charter* cannot supplement the common law. Professors Paciocco and Stuesser explain this interrelationship between the common law rule and s. 7 succinctly as follows:

Section 7 of the *Charter* can supplement the common law. It has been recognized, for example, that the voluntariness rule has acquired constitutional status as a principle of fundamental justice. This particular development has little practical significance, however. With respect to statements themselves, accused persons will be better off relying on the common law rule where the Crown bears the onus of establishing voluntariness, and where exclusion of the statement is automatic. If the *Charter* principle is relied upon, the accused bears the burden of establishing a violation on the balance of probabilities, and if the Crown can demonstrate that the accused would have spoken without the breach, the statement made might still be admissible.

Although in most cases the common law will therefore provide greater protection, there will be cases where section 7 gives added value to the accused. As has already been seen, section 7 is violated if the accused is cross-examined about why he did not give a statement to the police. Moreover, as described below, section 7 protects the right to silence, and although it is contentious, [note that it is this area of contention that is resolved in this appeal] it may be that a breach of that constitutional right can result in the exclusion of otherwise admissible statements; without question, section 7 goes beyond the voluntariness rule in cases of “detained statements,” excluding many that would otherwise meet the voluntariness rule. Similarly, in cases of “statutory compulsion” statements made in

précité, d’interpréter un ensemble de droits au regard de l’autre, il serait erroné de présumer que l’un de ces ensembles subsume entièrement l’autre. [Je souligne; par. 29-31.]

Des précisions s’imposent ici sur la mise en garde du juge selon laquelle « il serait erroné de présumer que l’un de ces ensembles subsume entièrement l’autre ». Pour les raisons déjà exposées, la règle des confessions subsume effectivement le droit constitutionnel de garder le silence dans le cas où une personne qui est de toute évidence en situation d’autorité interroge une personne détenue, du fait qu’en pareil cas les deux critères sont fonctionnellement équivalents. Toutefois, cela ne signifie pas que la protection résiduelle dont le droit de garder le silence bénéficie en vertu de l’art. 7 de la *Charte* ne peut pas compléter la common law. Les professeurs Paciocco et Stuesser expliquent succinctement cette corrélation entre la règle de la common law et l’art. 7 :

[TRADUCTION] L’article 7 de la *Charte* peut compléter la common law. Il est reconnu, par exemple, que la règle du caractère volontaire a été constitutionnalisée à titre de principe de justice fondamentale. Ce fait a cependant peu d’importance pratique. En ce qui concerne les déclarations elles-mêmes, l’accusé fera mieux d’invoquer la règle de common law qui oblige le ministère public à établir le caractère volontaire et qui prescrit l’exclusion automatique de la déclaration. S’il invoque le principe établi dans la *Charte*, l’accusé a le fardeau d’établir l’existence d’une violation selon la prépondérance des probabilités et si le ministère public peut démontrer que l’accusé aurait parlé en l’absence de la violation, la déclaration pourrait toujours être admissible.

Même si, dans la plupart des cas, la common law offrira par conséquent une meilleure protection, il arrivera cependant que l’article 7 aura une utilité supplémentaire pour l’accusé. Comme nous l’avons vu, il y a violation de l’article 7 si l’accusé est contre-interrogé sur les raisons pour lesquelles il n’a pas fait de déclaration à la police. En outre, comme nous le verrons plus loin, l’article 7 protège le droit de garder le silence et, bien que cela prête à controverse [à noter que c’est ce point litigieux qui est réglé dans le présent pourvoi], il se peut qu’une violation de ce droit constitutionnel entraîne l’exclusion de déclarations par ailleurs admissibles; l’article 7 va indéniablement plus loin que la règle du caractère volontaire dans le cas des « déclarations faites par des personnes détenues », en écartant

compliance with statutory obligations to speak may be excluded, even though they would have been admissible at common law. Section 7 also supports the exclusion of derivative evidence that the common law would have received. As Justice Iacobucci warned in *R. v. Oickle* with respect to the common law and *Charter* regimes, “[i]t would be a mistake to assume that one subsumes the other entirely.” [Footnotes omitted.]

(*The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at pp. 304-5)

40

As noted by Professors Paciocco and Stuesser, the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 has been recognized in a number of circumstances. Section 7 may be found to have a role to play in yet other contexts not mentioned in the passage excerpted above. Cases of “detained statements”, as one example where s. 7 goes beyond the voluntariness rule, is the most relevant on this appeal. What the authors are alluding to here is the principle in *Hebert* whereby, as they explain it, “the right to silence of a detained person is contravened where an undercover state agent (either a police officer or an informant planted by the police) actively elicits a statement from the accused” (p. 307). This is an example where s. 7 offers protection beyond the confessions rule because the latter is not triggered in circumstances such as *Hebert*. The confessions rule only applies in respect of statements made to a person in authority. The undercover agent, who is unknown to the accused to be acting as a state authority, does not fall in that category. It is well established that the test for determining who is a “person in authority” is not categorical; rather, it is contextual. It depends largely on the reasonable perception of the accused. The test was reiterated recently in *R. v. Grandinetti*, [2005] 1 S.C.R. 27, 2005 SCC 5: “The operative question is whether the accused, based on his or her [reasonable] perception of the recipient’s ability to influence the prosecution, believed either that refusing to make a statement to the person would result in prejudice, or that making one would result in favourable treatment” (para. 38). This approach is rooted in the rule’s traditional concern about the reliability of confessions, the rationale being that

de nombreuses déclarations qui respecteraient par ailleurs la règle du caractère volontaire. De même, dans les cas de « contrainte légale », des déclarations faites conformément à une obligation légale de parler peuvent être écartées en dépit du fait qu’elles auraient été admissibles en common law. L’article 7 favorise aussi l’exclusion d’éléments de preuve dérivée qui auraient été admis en common law. Dans l’arrêt *R. c. Oickle*, le juge Iacobucci a prévenu, au sujet des régimes de la common law et de la *Charte*, qu’« il serait erroné de présumer que l’un de ces ensembles subsume entièrement l’autre. » [Revois omis.]

(*The Law of Evidence* (4<sup>e</sup> éd. 2005), p. 304-305)

Comme le soulignent les professeurs Paciocco et Stuesser, la protection résiduelle dont le droit de garder le silence bénéficie en vertu de l’art. 7 a été reconnue dans un certain nombre de circonstances. Il se peut que l’on juge que l’art. 7 a un rôle à jouer dans d’autres contextes non mentionnés dans l’extrait précité. Le cas des « déclarations faites par des personnes détenues », en tant qu’exemple où l’art. 7 va plus loin que la règle du caractère volontaire, est le plus pertinent dans le présent pourvoi. Les auteurs font ici allusion au principe de l’arrêt *Hebert* suivant lequel, comme ils l’expliquent, [TRADUCTION] « il y a atteinte au droit d’une personne détenue de garder le silence lorsqu’un agent double de l’État (soit un policier, soit un informateur recruté par la police) obtient de façon active une déclaration de l’accusé » (p. 307). Voilà un exemple où l’art. 7 offre une protection plus grande que la règle des confessions du fait que cette dernière n’entre pas en jeu dans des circonstances comme celles de l’affaire *Hebert*. La règle des confessions ne s’applique qu’à l’égard des déclarations faites à une personne en situation d’autorité. L’agent double, dont l’accusé ignore qu’il agit à titre d’autorité de l’État, ne fait pas partie de cette catégorie. Il est bien établi que le critère applicable pour déterminer qui est une « personne en situation d’autorité » n’est pas fondé sur des catégories; il est plutôt de nature contextuelle. Il dépend dans une large mesure de la perception raisonnable de l’accusé. Ce critère a été réitéré dernièrement dans l’arrêt *R. c. Grandinetti*, [2005] 1 R.C.S. 27, 2005 CSC 5 : « Il faut se demander si, compte tenu de sa perception [raisonnable] du pouvoir de son interlocuteur d’influencer la poursuite, l’accusé croyait qu’il subirait un préjudice s’il

there is a greater risk that an accused may be influenced to give a false confession to a person perceived to have the authority to influence the course of the investigation or the proceedings.

I now turn to the scope of the s. 7 *Charter* right to silence.

### 3.3. *The Section 7 Right to Silence*

As stated earlier, Mr. Singh submits that the law in Canada provides inadequate protection during custodial interrogations. Police officers, he states, should be required to inform the detainee of his or her right to silence and, absent a signed waiver, to refrain from questioning any detainee who states that he or she does not wish to speak to the police. In effect, Mr. Singh asks that the Court impose on the police a correlative obligation, comparable to s. 10(b) of the *Charter*, to stop questioning a suspect whenever he or she clearly asserts the right to silence. Such a bright-line rule would undoubtedly have the advantage of certainty. However, for reasons that follow, I cannot accede to this suggestion.

The approach advocated by Mr. Singh not only ignores the state interests at stake, a matter upon which I will elaborate, it overshoots the protection afforded to the individual's freedom of choice both at common law and under the *Charter*. Under the *Charter*, the right to counsel, including an informational and implementational component, is provided for expressly. No such provision appears in respect of the right to silence. Hackett J. explained the reason for the difference quite well as follows:

Although the right to counsel and right to silence are equally important rights, it does not follow that they will be protected in the same way as suggested in Guimond. The right to silence, by its very nature, is exercised differently than the right to counsel and in this respect, the

refusait de faire une déclaration ou qu'il bénéficierait d'un traitement favorable s'il parlait » (par. 38). Cette approche est fondée sur l'attachement traditionnel de la règle à la fiabilité des confessions, le raisonnement étant qu'il existe un risque plus élevé qu'un accusé soit incité à faire une fausse confession à une personne perçue comme ayant le pouvoir d'influencer le déroulement de l'enquête ou de l'instance.

J'aborde maintenant la portée du droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

### 3.3. *Le droit de garder le silence garanti par l'art. 7*

Comme nous l'avons vu, M. Singh soutient que le droit canadien offre une protection insuffisante durant les interrogatoires sous garde. Selon lui, les policiers devraient être tenus d'informer le détenu de son droit de garder le silence et, en l'absence d'une renonciation signée, s'abstenir d'interroger le détenu qui affirme ne pas vouloir parler à la police. Monsieur Singh demande en fait à la Cour d'imposer à la police l'obligation correlative, comparable à l'al. 10b) de la *Charte*, de cesser l'interrogatoire du suspect qui invoque clairement le droit de garder le silence. Il n'y a aucun doute qu'une règle aussi claire et précise aurait l'avantage d'être certaine. Cependant, pour les motifs qui suivent, je ne puis retenir cette idée.

Non seulement l'approche préconisée par M. Singh ne tient-elle pas compte des intérêts de l'État qui sont en jeu — point sur lequel je reviendrai plus loin —, mais encore elle déborde la protection accordée à la liberté de choix de l'individu tant par la common law que par la *Charte*. Le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit est expressément prévu par la *Charte*. Aucune disposition analogue n'y figure en ce qui a trait au droit de garder le silence. Le juge Hackett a très bien expliqué la raison de cette différence :

[TRADUCTION] Même si le droit à l'assistance d'un avocat et celui de garder le silence ont la même importance, cela ne signifie pas qu'ils seront protégés de la manière indiquée dans la décision Guimond. De par sa nature même, le droit de garder le silence s'exerce d'une

41

42

43

right to silence and right to counsel are not the same. The exercise of the right to silence is within the control of an accused who has an operating mind and is fully informed of his or her rights, provided the conduct of the authorities do not take away his or her ability to choose. In contrast, the exercise of the right to counsel is not within the control of an accused in detention. Rather, it is dependant upon the police facilitating the exercise of that right. Consequently, it is clear that the police cannot continue to question an accused who asserts his or her right to counsel until they have helped him or her exercise that right. The “holding off” requirement in the case of the right to counsel is therefore not necessary in the case of the right to silence because the law recognizes an accused’s free will and the ability of an accused to change his or her mind about whether or not to speak to the police. This change of mind can occur either as a result of personal reasons, or police persuasion that does not violate principles of fundamental justice or deprive the accused of choice.

(*R. v. C.G.*, [2004] O.J. No. 229 (QL) (C.J.), at para. 93)

44

At common law, the protection afforded by the confessions rule has always been intended to guard against the potential abuse by the state of its superior powers over a detained suspect. However, under Mr. Singh’s suggested approach, any statement obtained after the suspect asserts his right to silence would be of questionable admissibility, regardless of whether there is a causal nexus between the conduct of the police and the making of the statement.

45

More importantly, Mr. Singh’s proposition ignores the state interest in the effective investigation of crime. The Court in *Hebert* stressed the importance of achieving a proper balance between the individual’s right to choose whether to speak to the authorities and society’s interest in uncovering the truth in crime investigations. As I stated earlier, the suspect may be the most fruitful source of information. While the fact of detention unquestionably triggers the need for additional checks on police interrogation techniques because of the greater vulnerability of the detainee, the moment of detention does nothing to reduce the suspect’s value as an

façon différente du droit à l’assistance d’un avocat et, à cet égard, le droit de garder le silence et celui de recourir à l’assistance d’un avocat diffèrent. L’exercice du droit de garder le silence dépend de la volonté de l’accusé qui est dans un état d’esprit conscient et qui est pleinement informé de ses droits, pourvu que le comportement des autorités ne le prive pas de sa capacité de choisir. Par contre, l’exercice du droit à l’assistance d’un avocat ne dépend pas de la seule volonté de l’accusé qui est détenu. Il doit en effet être facilité par la police. Par conséquent, il est clair que la police ne peut pas continuer à interroger un accusé qui invoque son droit à l’assistance d’un avocat tant qu’elle ne l’a pas aidé à exercer ce droit. L’obligation de « surseoir » dans le cas du droit à l’assistance d’un avocat n’est donc pas nécessaire dans le cas du droit de garder le silence, parce que le droit reconnaît le libre arbitre de l’accusé et sa capacité de changer d’avis quant à savoir s’il parlera ou non à la police. Ce changement d’avis peut se produire soit pour des raisons personnelles, soit à la suite d’une persuasion policière qui ne viole pas les principes de justice fondamentale et n’empêche pas l’accusé de choisir.

(*R. c. C.G.*, [2004] O.J. No. 229 (QL) (C.J.), par. 93)

En common law, la protection offerte par la règle des confessions a toujours eu pour objet d’empêcher l’État d’abuser des pouvoirs supérieurs qu’il a sur un suspect détenu. Toutefois, selon l’approche proposée par M. Singh, la recevabilité de toute déclaration obtenue après que le suspect a invoqué son droit de garder le silence serait mise en doute, et ce, indépendamment de la question de savoir s’il existe un lien causal entre le comportement de la police et la déclaration qui a été faite.

Qui plus est, la thèse de M. Singh ne tient pas compte de l’intérêt de l’État dans l’efficacité des enquêtes criminelles. Dans l’arrêt *Hebert*, la Cour a souligné l’importance d’établir un juste équilibre entre le droit de l’individu de choisir de parler ou non aux autorités et l’intérêt qu’a la société à découvrir de la vérité dans le cadre des enquêtes criminelles. Comme je l’ai déjà affirmé, le suspect peut être la source de renseignements la plus riche. Bien que la détention donne incontestablement naissance à la nécessité d’assujettir les techniques d’interrogatoire de la police à des limites supplémentaires en raison de la vulnérabilité plus

important source of information. Provided that the detainee's rights are adequately protected, including the freedom to choose whether to speak or not, it is in society's interest that the police attempt to tap this valuable source. The Court in *Hebert* said the following on the critical importance of achieving a balance between individual and societal interests:

The *Charter* through s. 7 seeks to impose limits on the power of the state over the detained person. It thus seeks to effect a balance between the interests of the detained individual and those of the state. On the one hand s. 7 seeks to provide to a person involved in the judicial process protection against the unfair use by the state of its superior resources. On the other, it maintains to the state the power to deprive a person of life, liberty or security of person provided that it respects fundamental principles of justice. The balance is critical. Too much emphasis on either of these purposes may bring the administration of justice into disrepute — in the first case because the state has improperly used its superior power against the individual, in the second because the state's legitimate interest in law enforcement has been frustrated without proper justification. [Emphasis added; p. 180.]

*Hebert* therefore set out the parameters of the s. 7 *Charter* right to silence to achieve this balance. Some of the limits set out by the Court were responsive to the particular facts in *Hebert* and, consequently, are only relevant to the situation where a detainee is interrogated by an undercover officer. They need not be repeated here. Of relevance in this case are the first two limits. I reproduce the relevant excerpts here:

First, there is nothing in the rule to prohibit the police from questioning the accused in the absence of counsel after the accused has retained counsel. Presumably, counsel will inform the accused of the right to remain silent. If the police are not posing as undercover officers and the accused chooses to volunteer information, there will be no violation of the *Charter*. Police persuasion, short of denying the suspect the right to choose or depriving him of an operating mind, does not breach the right to silence.

grande du détenu, le moment de la détention ne diminue aucunement la valeur du suspect à titre de source de renseignements importante. Pourvu que les droits du détenu soient suffisamment protégés, y compris sa liberté de choisir de parler ou non, la société a intérêt à ce que la police essaie de mettre à profit cette source précieuse. Dans l'arrêt *Hebert*, la Cour a tenu les propos suivants au sujet de l'importance cruciale d'établir un juste équilibre entre les intérêts de l'individu et ceux de la société :

Par l'intermédiaire de l'art. 7, la *Charte* tente de restreindre le pouvoir de l'État sur la personne détenue. Elle tente donc d'établir un équilibre entre les intérêts de la personne détenue et ceux de l'État. D'une part, l'art. 7 cherche à protéger la personne visée par le processus judiciaire contre l'emploi inéquitable des ressources supérieures de l'État. D'autre part, il conserve à l'État son pouvoir de porter atteinte aux droits d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne pourvu qu'il respecte les principes de justice fondamentale. Cet équilibre est crucial. Accorder une trop grande importance à l'un ou l'autre de ces objets est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — dans le premier cas, parce que l'État a fait un usage irrégulier de son pouvoir supérieur contre l'individu et, dans le second parce que l'intérêt légitime de l'État dans l'application des lois a été contrecarré sans raison valable. [Je souligne; p. 180.]

L'arrêt *Hebert* a donc défini les paramètres du droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte* de manière à ce que cet équilibre soit atteint. Certaines des limites établies par la Cour tenaient aux faits particuliers de l'affaire *Hebert* et sont donc applicables seulement lorsque le détenu est interrogé par un agent banalisé. Il n'est pas nécessaire de les répéter ici. Ce sont les deux premières limites qui s'appliquent en l'espèce. Voici les extraits pertinents :

Premièrement, la règle n'interdit aucunement aux policiers d'interroger l'accusé en l'absence de l'avocat après que l'accusé a eu recours à ses services. Il faut présumer que l'avocat aura avisé l'accusé de son droit de garder le silence. Si les policiers n'interviennent pas comme agents banalisés et que l'accusé choisit volontairement de donner des renseignements, il n'y aura aucune violation de la *Charte*. La persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence.

Second, it applies only after detention. Undercover operations prior to detention do not raise the same considerations. The jurisprudence relating to the right to silence has never extended protection against police tricks to the pre-detention period. Nor does the *Charter* extend the right to counsel to pre-detention investigations. The two circumstances are quite different. In an undercover operation prior to detention, the individual from whom information is sought is not in the control of the state. There is no need to protect him from the greater power of the state. After detention, the situation is quite different; the state takes control and assumes the responsibility of ensuring that the detainee's rights are respected. [Emphasis added; p. 184.]

Deuxièmement, la règle ne s'applique qu'après la mise en détention. Les opérations secrètes qui ont lieu avant la détention ne soulèvent pas les mêmes considérations. La jurisprudence relative au droit de garder le silence n'a jamais étendu à la période qui précède la détention la protection contre les artifices utilisés par les policiers. La *Charte* n'étend pas non plus le droit à l'assistance d'un avocat aux enquêtes qui précèdent la détention. Les deux situations sont très différentes. Au cours d'une opération secrète qui précède la détention, la personne de qui l'on tente d'obtenir des renseignements n'est pas sous le contrôle de l'État. Il n'y a aucune raison de la protéger du pouvoir supérieur de l'État. Après la mise en détention, la situation est tout à fait différente; l'État prend le contrôle et a la responsabilité de garantir que les droits du détenu sont respectés. [Je souligne; p. 184.]

47

Mr. Singh takes particular issue with the leeway afforded to the police in questioning the detainee, even after he has retained counsel and has asserted his choice to remain silent. He submits that courts have erroneously interpreted the underlined passage above as permitting the police to *ignore* a detainee's expressed wish to remain silent and to use "legitimate means of persuasion". I say two things in response to this argument. First, the use of legitimate means of persuasion is indeed permitted under the present rule — it was expressly endorsed by this Court in *Hebert*. This approach is part of the critical balance that must be maintained between individual and societal interests. Second, the law as it stands does not permit the police to *ignore* the detainee's freedom to choose whether to speak or not, as contended. Under both common law and *Charter* rules, police persistence in continuing the interview, despite repeated assertions by the detainee that he wishes to remain silent, may well raise a strong argument that any subsequently obtained statement was not the product of a free will to speak to the authorities. As we shall see, the trial judge in this case was very much alive to the risk that the statement may be involuntary when a police officer engages in such conduct.

Monsieur Singh conteste plus particulièrement la latitude dont jouissent les policiers pour questionner le détenu, même après que celui-ci a retenu les services d'un avocat et exprimé son choix de garder le silence. Il soutient que les tribunaux ont interprété de façon erronée le passage souligné ci-dessus comme permettant aux policiers de *passer outre* à la volonté explicite d'un détenu de garder le silence, et d'utiliser des « moyens de persuasion légitimes ». À cet argument, je réponds deux choses. Premièrement, le recours à des moyens de persuasion légitimes est effectivement permis par la règle actuelle — notre Cour l'a expressément approuvé dans l'arrêt *Hebert*. Cette approche s'inscrit dans l'équilibre crucial qui doit être maintenu entre les intérêts de l'individu et ceux de la société. Deuxièmement, dans son état actuel, le droit ne permet pas aux policiers de *passer outre* à la liberté du détenu de choisir de parler ou non, comme on le prétend. Tant en vertu des règles de la common law que de celles de la *Charte*, il se peut bien que la persistance des policiers à poursuivre l'interrogatoire, malgré les affirmations répétées du détenu qu'il souhaitait garder le silence, permette de faire valoir sérieusement que toute déclaration obtenue par la suite ne résultait pas d'une libre volonté de parler aux autorités. Comme nous le verrons, le juge du procès en l'espèce était très conscient du risque que la déclaration soit involontaire lorsqu'un policier adopte un tel comportement.

It is clear that Mr. Singh's argument on his s. 7 application is based on an expanded notion of the right to silence that does not form part of Canadian law. With respect, my colleague Justice Fish effectively endorses this expanded notion of the right to silence when he poses the question on this appeal as being "whether 'no' means 'yes' where a police interrogator refuses to take 'no' for an answer from a detainee under his total control" (para. 55).

### 3.4 *Application to This Case*

As stated earlier, Mr. Singh only takes issue with the trial judge's inquiry on whether the police respected his constitutional right to remain silent. Although he makes his argument within the confines of his s. 7 *Charter* application, it matters not because, as I have explained, the functional test under the confessions rule is the same. The fallacy in Mr. Singh's argument is that it is entirely based upon an expanded and erroneous notion of the scope of the right to silence protected by the *Charter* which, for reasons I have already given, finds no support in Canadian law. The courts below did not err in their interpretation of *Hebert* as contended.

Mr. Singh alleges no other error in principle and, in my view, understandably so. The trial judge correctly instructed himself in accordance with the law in *Oickle* and *Hebert* and conducted a thorough review of all relevant circumstances. Indeed, his analysis of the applicable jurisprudence and review of the relevant facts are impeccable, particularly with respect to the right to silence. The trial judge reviewed all relevant statements of principle pertaining to the right to silence in *Oickle* and *Hebert* and he considered a number of similar cases where the police had continued their questioning of a suspect despite repeated assertions that the suspect wished to remain silent or end the interview, including Proulx J.A.'s judgment in *R. v. Otis* (2000), 151

Il est clair que l'argument de M. Singh relatif à sa demande fondée sur l'art. 7 repose sur une conception large du droit de garder le silence qui ne fait pas partie du droit canadien. En toute déférence, mon collègue le juge Fish se trouve en fait à souscrire à cette conception large du droit de garder le silence lorsqu'il dit que la question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir « si "non" veut dire "oui" lorsque le policier qui effectue un interrogatoire refuse d'accepter le "non" donné comme réponse par un détenu qui est entièrement sous son contrôle » (par. 55).

### 3.4 *Application à la présente affaire*

Comme nous l'avons vu, M. Singh conteste seulement l'examen par le juge du procès de la question de savoir si la police a respecté son droit constitutionnel de garder le silence. Bien qu'il avance son argument dans le cadre de sa demande fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, cela est sans importance puisque, comme je l'ai expliqué, le critère fonctionnel applicable en vertu de la règle des confessions est le même. L'argument de M. Singh ne tient pas la route du fait qu'il est entièrement fondé sur une conception large et erronée de la portée du droit de garder le silence garanti par la *Charte*, conception qui, pour les raisons déjà indiquées, n'est aucunement appuyée par le droit canadien. Contrairement à ce qu'on prétend, les tribunaux d'instance inférieure n'ont commis aucune erreur dans leur interprétation de l'arrêt *Hebert*.

Monsieur Singh n'invoque aucune autre erreur de principe, ce qui est compréhensible selon moi. Le juge du procès s'est rappelé correctement les règles applicables en vertu des arrêts *Oickle* et *Hebert* et a procédé à un examen approfondi de l'ensemble des circonstances pertinentes. En fait, son analyse de la jurisprudence applicable et son examen des faits pertinents sont impeccables, particulièrement en ce qui concerne le droit de garder le silence. Le juge du procès a examiné tous les énoncés de principe touchant le droit de garder le silence dans les arrêts *Oickle* et *Hebert* et il a considéré un certain nombre d'affaires similaires dans lesquelles la police avait poursuivi l'interrogatoire d'un suspect malgré ses affirmations répétées qu'il souhaitait garder le

48

49

50

C.C.C. (3d) 416 (Que. C.A.), which is particularly instructive on this question. In applying the law to the facts, the trial judge paid particular attention to the inherent danger in the stratagem used by Sgt. Attew which troubles my colleague, stating as follows:

I must say that this aspect of the matter has caused me some concern. Sergeant Attew was refreshingly frank in saying that he intended to put parts of the police case against Mr. Singh before him in an effort to get him to confess, no matter what. That approach can lead to an undermining of an accused person's right to choose between silence and talking to the police authorities. [para. 34]

After citing the instructive passage in *Hebert* quoted above on where the line should be drawn, the trial judge continued as follows:

It appears to me that in the case where an interviewer approaches his or her task with a view to the effect that "I will use the stratagem of insisting on presenting the police case to the suspect to encourage the suspect to talk, no matter what the suspect says", that interviewer runs the risk of having his or her conduct construed by the reviewing court as depriving the suspect of the right to make a meaningful choice whether to speak to the authorities or not. But, as Mr. McMurray says quite correctly, it is all a matter of degree. Was Mr. Singh's right to choose to talk or to remain silent undermined or overborne by Sergeant Attew's admitted dedication to his agenda? [para. 35]

51

The trial judge concluded that "it was not" (para. 36). Justice Fish comes to the opposite conclusion. With respect, the applicable standard of review bears repeating. As reiterated in *Oickle*:

If a trial court properly considers all the relevant circumstances, then a finding regarding voluntariness is essentially a factual one, and should only be overturned for "some palpable and overriding error which affected [the trial judge's] assessment of the facts": *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at p. 279 (quoting *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808) (emphasis in *Schwartz*). [para. 71]

silence ou mettre fin à l'interrogatoire, y compris le jugement du juge Proulx dans l'affaire *R. c. Otis*, [2000] R.J.Q. 2828 (C.A.), qui est particulièrement instructif à cet égard. En appliquant le droit aux faits, le juge du procès a attaché une importance particulière au danger inhérent du stratagème qui a été employé par le sergent Attew et qui préoccupe mon collègue, en s'exprimant en ces termes :

[TRADUCTION] Je dois dire que cet aspect de l'affaire m'a préoccupé quelque peu. Le sergent Attew a dit, avec une franchise rassurante, qu'il avait l'intention d'exposer à M. Singh des éléments du dossier que la police avait contre lui dans le but de l'amener à passer aux aveux, coûte que coûte. Cette façon de procéder risque de compromettre le droit de l'accusé de choisir de garder le silence ou de parler aux autorités policières. [par. 34]

Après avoir cité le passage instructif de l'arrêt *Hebert*, exposé plus haut, au sujet de la question de savoir où tracer la ligne de démarcation, le juge du procès a ajouté ceci :

[TRADUCTION] Il me semble que, lorsqu'un interrogateur aborde sa tâche en se disant « Je vais employer le stratagème consistant à insister pour présenter au suspect le dossier de la police afin de l'inciter à parler, peu importe ce qu'il dira », celui-ci court le risque de voir le tribunal de révision considérer que son comportement a privé le suspect de son droit de faire un choix utile quant à savoir s'il parlerait ou non aux autorités. Mais, comme l'affirme à juste titre M<sup>e</sup> McMurray, ce n'est qu'une question de degré. Le droit de M. Singh de choisir de parler ou de garder le silence a-t-il été compromis ou éclipsé par la détermination avouée du sergent Attew à atteindre les objectifs qu'il s'était fixés? [par. 35]

Le juge du procès a conclu [TRADUCTION] « que non » (par. 36). Le juge Fish arrive à la conclusion contraire. En toute déférence, il convient de rappeler la norme de contrôle applicable, qui a été réitérée dans l'arrêt *Oickle* :

Si le tribunal de première instance examine comme il se doit toutes les circonstances pertinentes, une conclusion à l'égard du caractère volontaire est essentiellement de nature factuelle et ne doit être infirmée que si « le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits » : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la p. 279 (citant *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808) (passage souligné dans *Schwartz*). [par. 71]

Mr. Singh has not pointed to any such error. Nor, in my view, is any such error apparent from a review of the videotape of the interviews and the transcript of the *voir dire*. Despite Sgt. Attew's admitted intention to put parts of the police case against Mr. Singh before him in an effort to get him to confess, "no matter what", his conduct of the interview as evidenced on the videotape shows that in so describing his method his bark is much worse than his bite. In my respectful view, the trial judge's ultimate judgment call on this issue is supported by the record and is entitled to deference. Therefore, I see no reason to interfere with his ruling on admissibility.

It must again be emphasized that such situations are highly fact-specific and trial judges must take into account all the relevant factors in determining whether or not the Crown has established that the accused's confession is voluntary. In some circumstances, the evidence will support a finding that continued questioning by the police in the face of the accused's repeated assertions of the right to silence denied the accused a meaningful choice whether to speak or to remain silent: see *Otis*. The number of times the accused asserts his or her right to silence is part of the assessment of all of the circumstances, but is not in itself determinative. The ultimate question is whether the accused exercised free will by choosing to make a statement: *Otis*, at paras. 50 and 54.

#### 4. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

The question on this appeal is whether "no" means "yes" where a police interrogator refuses to take "no" for an answer from a detainee under his

Monsieur Singh n'a pas invoqué une telle erreur. J'estime, en outre, qu'une telle erreur ne ressort ni de l'examen de la bande vidéo des interrogatoires ni de la transcription du voir-dire. Malgré l'intention avouée du sergent Attew d'exposer à M. Singh des éléments du dossier que la police avait contre lui dans le but de l'amener à passer aux aveux, [TRADUCTION] « coûte que coûte », l'interrogatoire qu'il a effectué d'après la bande vidéo montre qu'en décrivant sa méthode ainsi il faisait plus de bruit que de mal. À mon avis, la décision que le juge du procès a rendue, en définitive, sur ce point est étayée par le dossier et commande la déférence. Je ne vois donc aucune raison de modifier sa décision sur la question de l'admissibilité.

Là encore, il faut souligner que ces situations dépendent fortement des faits de chaque affaire et que le juge du procès doit tenir compte de tous les facteurs pertinents pour déterminer si le ministère public a établi que la confession de l'accusé est volontaire. Dans certains cas, la preuve permettra de conclure que la poursuite de l'interrogatoire de la police, malgré que l'accusé ait invoqué, à maintes reprises, son droit de garder le silence, a privé ce dernier de la possibilité de faire un choix utile de parler ou de garder le silence : voir l'arrêt *Otis*. Le nombre de fois que l'accusé invoque son droit de garder le silence entre dans l'appréciation de l'ensemble des circonstances, mais il n'est pas déterminant en soi. En définitive, la question est de savoir si l'accusé a usé de son libre arbitre en choisissant de faire une déclaration : *Otis*, par. 50 et 54.

#### 4. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel, Fish et Abella rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

La question en l'espèce est de savoir si « non » veut dire « oui » lorsque le policier qui effectue un interrogatoire refuse d'accepter le « non » donné

52

53

54

55

total control. As a matter of constitutional principle, I would answer that question in the negative, allow the appeal and order a new trial.

## II

56 I emphasize from the outset that we are not asked in this case to break new constitutional ground. More specifically, we are not urged to grant detainees a pre-trial right of silence. They already have that right under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. And it is a right that extends beyond the confessions rule of the common law which rests, as we shall see, on a different foundation of principle.

57 What is at stake, rather, is the Court's duty to ensure that a detainee's right to silence will be respected by interrogators once it has been unequivocally asserted, and not disregarded or insidiously undermined as an investigative "stratagem" (the trial judge's own word in this case).

58 The appellant, Jagrup Singh, asserted his right to silence unequivocally — not once, but *18 times*. Throughout his interrogation, Mr. Singh was imprisoned in a police lock-up. In the trial judge's words, he was "totally under the control of the police authorities", "[did] not have freedom of unescorted movement" and "relie[d] totally on his jailers for the necessities of life" (Ruling on the *voir dire*, [2003] B.C.J. No. 3174 (QL), 2003 BCSC 2013, at para. 8). Powerless to end his interrogation, Mr. Singh asked, repeatedly, to be returned to his cell. Yet he was not permitted to do so until he capitulated and made the incriminating statements impugned on this appeal.

59 Mr. Singh's interrogator understood very well that Mr. Singh had chosen not to speak with the police. The interrogator nonetheless disregarded

comme réponse par un détenu qui est entièrement sous son contrôle. Pour des raisons de principe constitutionnel, je répondrais à cette question par la négative, j'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais un nouveau procès.

## II

Je souligne d'emblée qu'on ne nous demande pas, en l'espèce, d'innover en matière constitutionnelle. Plus précisément, on ne nous demande pas d'accorder aux détenus un droit de garder le silence avant le procès. Ce droit leur est déjà reconnu par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De plus, il s'agit d'un droit qui va plus loin que la règle des confessions en common law qui, comme nous le verrons, repose sur un principe différent.

Ce qui est en cause, c'est plutôt l'obligation de la Cour de veiller à ce que ceux qui interrogent un détenu respectent son droit de garder le silence une fois qu'il l'a clairement invoqué, et à ce qu'ils s'abstiennent d'y passer outre ou de le compromettre insidieusement à titre de « stratagème » d'enquête (pour reprendre le terme utilisé par le juge du procès en l'espèce).

L'appellant Jagrup Singh a clairement invoqué son droit de garder le silence — non pas une seule fois, mais plutôt *18 fois*. Pendant toute la durée de son interrogatoire, M. Singh était incarcéré dans un poste de police. Pour reprendre les termes du juge du procès, il était [TRADUCTION] « entièrement sous le contrôle des autorités policières », il « n'a[vait] pas la liberté de se déplacer sans être accompagné » et il « dépend[ait] totalement de ses geôliers pour les nécessités de la vie » (décision relative au *voir-dire*, [2003] B.C.J. No. 3174 (QL), 2003 BCSC 2013, par. 8). Incapable de mettre fin à son interrogatoire, M. Singh a demandé, à maintes reprises, à regagner sa cellule. Cependant, on ne lui a permis de le faire qu'après qu'il eut cédé et fait les déclarations incriminantes en cause dans le présent pourvoi.

Le policier qui a interrogé M. Singh comprenait parfaitement que ce dernier avait choisi de ne pas parler à la police. Il n'a pourtant pas tenu

Mr. Singh's repeated assertions of his right to silence. It is undisputed that he did so "in an effort to get [Mr. Singh] to confess, no matter what" (Ruling on the *voir dire*, at para. 34 (emphasis added)).

In his relentless pursuit of this objective, the interrogator urged Mr. Singh, subtly but unmistakably, to forsake his counsel's advice. I find this aspect of the interrogation particularly disturbing.

To the officer's knowledge, Mr. Singh had been advised by his lawyer to exercise his right to silence. The officer, with irony if not cynicism, discounted this "absolutely great advice" (his words) as something he too would say if he were Mr. Singh's lawyer. And he then pressed Mr. Singh to instead answer his questions — "to confess, no matter what".

Mr. Singh was thus deprived not only of his right to silence, but also, collaterally, of the intended benefit of his right to counsel. These rights are close companions, like glove and hand. As McLachlin J. (now C.J.C.) explained in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77:

The most important function of legal advice upon detention is to ensure that the accused understands his rights, chief among which is his right to silence. The detained suspect, potentially at a disadvantage in relation to the informed and sophisticated powers at the disposal of the state, is entitled to rectify the disadvantage by speaking to legal counsel at the outset, so that he is aware of his right not to speak to the police and obtains appropriate advice with respect to the choice he faces. Read together, ss. 7 and 10(b) confirm the right to silence in s. 7 and shed light on its nature.

This suggests that the drafters of the *Charter* viewed the ambit of the right to silence embodied in s. 7 as extending beyond the narrow formulation of the

compte des revendications répétées de M. Singh de son droit de garder le silence. Personne ne conteste qu'il a agi ainsi [TRADUCTION] « dans le but [d]'amener [M. Singh] à passer aux aveux, coûte que coûte » (décision relative au voir-dire, par. 34 (je souligne)).

Dans sa poursuite obstinée de cet objectif, le policier a incité, subtilement mais indéniablement, M. Singh à repousser les conseils de son avocat. Cet aspect de l'interrogatoire est, à mes yeux, particulièrement troublant.

Le policier savait que l'avocat de M. Singh lui avait recommandé d'exercer son droit de garder le silence. Il a, d'une manière ironique, voire cynique, minimisé l'importance de cet [TRADUCTION] « excellent conseil » (selon ses propres termes) en disant que c'est aussi ce qu'il dirait à M. Singh s'il était son avocat. Il a ensuite pressé M. Singh de choisir plutôt de répondre à ses questions — « à passer aux aveux, coûte que coûte ».

Monsieur Singh a ainsi non seulement été privé de son droit de garder le silence, mais aussi, parallèlement, de l'avantage censé découler de son droit à l'assistance d'un avocat. Ces droits vont de pair, comme le gant et la main. Comme la juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada) l'a expliqué dans l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 176-177 :

La fonction la plus importante de l'avis juridique au moment de la détention est d'assurer que l'accusé comprenne quels sont ses droits dont le principal est le droit de garder le silence. Le suspect détenu, exposé à se trouver en situation défavorable par rapport aux pouvoirs éclairés et sophistiqués dont dispose l'État, a le droit de rectifier cette situation défavorable en consultant un avocat dès le début afin d'être avisé de son droit de ne pas parler aux policiers et d'obtenir les conseils appropriés quant au choix qu'il doit faire. Pris ensemble, l'art. 7 et l'al. 10b) confirment le droit de garder le silence reconnu à l'art. 7 et nous éclairent sur sa nature.

Cela donne à entendre que les rédacteurs de la *Charte* ont considéré que la portée du droit de garder le silence, consacré à l'art. 7, s'étend au-delà de la formulation

60

61

62

confessions rule, comprehending not only the negative right to be free of coercion induced by threats, promises or violence, but a positive right to make a free choice as to whether to remain silent or speak to the authorities. [Emphasis added.]

And again, at p. 186:

The essence of the right to silence is that the suspect be given a choice; the right is quite simply the freedom to choose — the freedom to speak to the authorities on the one hand, and the freedom to refuse to make a statement to them on the other. This right of choice comprehends the notion that the suspect has been accorded the right to consult counsel and thus to be informed of the alternatives and their consequences, and that the actions of the authorities have not unfairly frustrated his or her decision on the question of whether to make a statement to the authorities. [Emphasis added.]

Nothing in either passage, or elsewhere in *Hebert*, suggests that McLachlin J. limited the right of silence under s. 7 of the *Charter* to statements made by a detainee to undercover police officers or to other detainees. On the contrary, in determining its scope on a principled basis, Justice McLachlin dealt with the right to silence in the context of statements made “to the police” or “to the authorities” by detainees *under interrogation*. And she dealt with it as a constitutional right not subsumed by the common law confessions rule.

63

At the very least, the interrogator’s conduct in this case “unfairly frustrated [Mr. Singh’s] decision on the question of whether to make a statement to the authorities” (*Hebert*, at p. 186). Accordingly, the impugned statements, in the words of s. 24(2) of the *Charter*, were “obtained in a manner that infringed or denied” Mr. Singh’s constitutional right to silence. And I am satisfied that authorizing their admission in the circumstances of this case would bring the administration of justice into disrepute. They should therefore have been excluded at trial.

étroite de la règle des confessions, pour englober non seulement le droit, formulé en termes négatifs, de ne pas faire l’objet d’une contrainte par suite de menaces, de promesses ou de violence, mais aussi le droit absolu de choisir librement de garder le silence ou de parler aux autorités. [Je souligne.]

Puis, à la p. 186 :

Le droit de garder le silence consiste essentiellement à accorder au suspect un choix; il s’agit tout simplement de la liberté de choisir — la liberté de parler aux autorités, d’une part, et la liberté de refuser de leur faire une déclaration, d’autre part. Ce droit de choisir signifie que le suspect s’est vu accorder le droit à l’assistance d’un avocat et qu’il a donc été informé des options qui s’offraient à lui et de leurs conséquences, et que les actes des autorités ne l’ont pas empêché de façon inéquitable de décider de leur faire ou non une déclaration. [Je souligne.]

Rien dans l’un ou l’autre de ces passages, ou ailleurs dans l’arrêt *Hebert*, n’indique que la juge McLachlin a limité l’application du droit de garder le silence garanti par l’art. 7 de la *Charte* aux déclarations qu’une personne détenue a faites à des policiers en civil ou à d’autres détenus. Au contraire, pour en déterminer la portée d’une manière rationnelle, la juge McLachlin a examiné le droit de garder le silence dans le contexte des déclarations faites « aux policiers » ou « aux autorités » par des personnes détenues *subissant un interrogatoire*. Elle l’a, en outre, considéré comme un droit constitutionnel non subsumé sous la règle des confessions reconnue en common law.

En l’espèce, le comportement de l’interrogateur a tout au moins « empêché de façon inéquitable [M. Singh] de décider de [. . .] faire ou non une déclaration [aux autorités] » (*Hebert*, p. 186). Par conséquent, les déclarations contestées ont, pour reprendre les termes du par. 24(2) de la *Charte*, été « obtenu[e]s dans des conditions qui portent atteinte » au droit constitutionnel de M. Singh de garder le silence. J’estime, en outre, qu’autoriser leur utilisation dans les circonstances de la présente affaire est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Elles auraient donc dû être écartées lors du procès.

## III

In the trial judge's view, Mr. Singh's repeated assertions of his right to silence signify that "Mr. Singh successfully invoked his right to silence" (para. 36). Indeed, as we shall later see, this was the first reason given by the trial judge for finding that Mr. Singh's right to silence had been respected by his police interrogator.

The judge's reasoning in this regard is superficially attractive but blind to reality. Mr. Singh's repeated assertions of his right to silence demonstrate as convincingly as one can that he had chosen *not to talk to the police* about the incident which led to his arrest. His interrogator systematically disregarded Mr. Singh's wish to remain silent. The more he did so, the stronger the interrogator's message to Mr. Singh that continued resistance was futile: any further assertion by Mr. Singh of his right to silence would likewise be frustrated, merely prolonging the agony of his interrogation. And the trial judge found, as I mentioned earlier, that Mr. Singh was throughout this time "totally under the control of the police authorities" and entirely dependent on them "for the necessities of life" (para. 8).

Where continued resistance has been made to appear futile to one person under the dominance or control of another, as it was in this case, ultimate submission proves neither true consent nor valid waiver. It proves the *failure*, not the *success*, of the disregarded assertions of the right of the powerless and the vulnerable to say "no".

Justice Charron notes (at para. 50) that in determining whether the right to silence had been infringed, the trial judge asked himself: "Was Mr. Singh's right to choose to talk or to remain silent

## III

Selon le juge du procès, le fait que M. Singh ait invoqué, à maintes reprises, son droit de garder le silence signifie que [TRADUCTION] « M. Singh a invoqué avec succès son droit de garder le silence » (par. 36). En réalité, comme nous le verrons plus loin, c'était la première raison que le juge du procès a donnée pour conclure que le policier qui a interrogé M. Singh avait respecté le droit de ce dernier de garder le silence.

Le raisonnement adopté à cet égard par le juge du procès est séduisant à première vue, mais il ne tient pas compte de la réalité. Le fait que M. Singh ait invoqué, à maintes reprises, son droit de garder le silence démontre de la façon la plus convaincante qu'il avait choisi *de ne pas parler à la police* de l'épisode à l'origine de son arrestation. Le policier qui interrogeait M. Singh a systématiquement passé outre à sa volonté de garder le silence. Plus M. Singh a invoqué ce droit, plus son interrogateur a tenté de lui faire comprendre qu'il ne servirait à rien de continuer à résister : toute nouvelle revendication par M. Singh de son droit de garder le silence serait également contrecarrée, ce qui ne ferait que prolonger le supplice de son interrogatoire. Comme je l'ai déjà mentionné, le juge du procès a conclu que, pendant tout ce temps, M. Singh était [TRADUCTION] « entièrement sous le contrôle des autorités policières » et qu'il dépendait totalement d'elles « pour les nécessités de la vie » (par. 8).

Dans le cas où, comme en l'espèce, une personne se trouvant sous la domination ou le contrôle d'autrui a été amenée à conclure qu'il ne servirait à rien de continuer à résister, le fait qu'elle ait finalement cédé ne prouve ni l'existence d'un consentement véritable, ni celle d'une renonciation valide à l'exercice d'un droit. Il démontre l'*échec*, et non le *succès*, des revendications du droit d'une personne impuissante et vulnérable de dire « non », auxquelles on a passé outre.

La juge Charron souligne (au par. 50) que, pour déterminer s'il y avait eu violation du droit de garder le silence, le juge du procès s'est posé la question suivante : [TRADUCTION] « Le droit de

64

65

66

67

undermined or overborne by Sergeant Attew's admitted dedication to his agenda?"

68 In answering this question, the trial judge explained:

In my view, it was not. Mr. Singh was actually quite successful in exercising his right to silence repeatedly. Indeed, as [Crown counsel] says, this is not a confession. Mr. Singh has made an important admission, but he has not made a confession to the crime.

(Ruling on the *voir dire*, at para. 36)

69 With respect, I believe that neither of these reasons withstands appellate scrutiny. I have already dealt with the first and have nothing to add here. As for the second, I am unaware of any distinction, in determining their admissibility, between "a confession" and an "important admission" made or given by an accused to a person in authority, as in this case.

70 Before leaving this branch of the matter, I take care not to be understood to have held that 18 (a significant number in other contexts) is of any importance at all in determining whether a detainee's right of silence has been effectively undermined. On the contrary, I favour a purposive approach and find it unnecessary to decide whether 18 times is too many or once is too few. Constitutional rights do not have to be asserted or invoked a pre-determined number of times before the state and its agents are bound to permit them to be exercised freely and effectively. A right that need not be respected after it has been firmly and unequivocally asserted *any* number of times is a constitutional promise that has not been kept.

71 Nothing in *Hebert*, or in any other decision of this Court, permits the police to press detainees to waive the *Charter* rights they have firmly and unequivocally asserted, or to deliberately frustrate

M. Singh de choisir de parler ou de garder le silence a-t-il été compromis ou éclipsé par la détermination avouée du sergent Attew à atteindre les objectifs qu'il s'était fixés? »

En répondant à cette question, le juge du procès a expliqué :

[TRADUCTION] J'estime que non. Monsieur Singh a bel et bien réussi à exercer, à maintes reprises, son droit de garder le silence. En fait, comme l'affirme [l'avocat du ministère public], il ne s'agit pas d'une confession. Monsieur Singh a fait un aveu important, mais il n'a pas confessé le crime.

(Décision relative au voir-dire, par. 36)

Avec égards, j'estime qu'aucune de ces raisons ne résiste à un examen en appel. J'ai déjà examiné la première et je n'ai rien à ajouter ici. Quant à la deuxième raison, pour ce qui est de déterminer leur admissibilité, je ne connais aucune distinction entre une « confession » et un « aveu important » qu'un accusé fait à une personne en autorité, comme c'est le cas en l'espèce.

Avant de passer à un autre aspect de l'affaire, je tiens à préciser que je ne veux pas que l'on croie que j'ai décidé que le nombre 18 (qui est significatif dans d'autres contextes) revêt une importance quelconque pour déterminer si le droit d'un détenu de garder le silence a effectivement été compromis. Au contraire, je préconise une approche téléologique et j'estime inutile de décider si 18 fois est un nombre excessif ou si une seule fois ne suffit pas. Il n'est pas nécessaire de revendiquer ou d'invoquer des droits constitutionnels un nombre prédéterminé de fois pour que l'État et ses représentants soient obligés d'en permettre l'exercice libre et efficace. Un droit qu'il n'est pas nécessaire de respecter après qu'il a été invoqué clairement et résolument *peu importe combien de fois* représente une promesse constitutionnelle non tenue.

Rien dans l'arrêt *Hebert* ou dans quelque autre décision de notre Cour ne permet à la police de presser des détenus de renoncer aux droits garantis par la *Charte* qu'ils ont clairement et résolument

their effective exercise. This is true of the right to counsel and true as well of the right to silence.

## IV

Justice Charron agrees with the British Columbia Court of Appeal that “[i]n the context of an investigatory interview with an obvious person in authority, the expansive view of the confession rule in *Oickle* may leave little additional room for s. 7” ((2006), 38 C.R. (6th) 217, 2006 BCCA 281, at para. 19). With respect, I am of a different view.

The rationale of the enhanced confessions rule adopted in *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, like the rationale of its narrower predecessor, is distinct from the purposes served by the *Charter*. A confession may be “voluntary” under the common law rule and yet be obtained by state action that infringes s. 7 of the *Charter*. And s. 7 will be infringed where, as in this case, a police interrogator has undermined a detainee’s “freedom to choose whether to make a statement or not” (*Hebert*, at p. 176). Flagrantly disregarded in this way, the detainee’s “positive right to make a free choice” (*Hebert*, at p. 177), is neither “positive” nor “free”.

As Justice Charron notes, the scope of the common law confessions rule is not in issue in this appeal. Applying the standard set out in *Oickle*, the trial judge found that Mr. Singh had an operating mind, and that his will was not overborne by threats or promises, by oppression, or by police trickery that would shock the community. On these findings of fact, he was entitled to conclude, as he did, that Mr. Singh’s inculpatory statements were voluntary, within the meaning of *Oickle*. This conclusion was not appealed.

invoqués, ou d’en empêcher délibérément l’exercice efficace. Cela vaut tant pour le droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat que pour celui de garder le silence.

## IV

La juge Charron est d’accord avec la Cour d’appel de la Colombie-Britannique pour dire que [TRADUCTION] « [d]ans le contexte d’un interrogatoire d’enquête mené par une personne qui est de toute évidence en situation d’autorité, il se peut que l’interprétation large de la règle des confessions dans l’arrêt *Oickle* laisse peu de place additionnelle à l’art. 7 » ((2006), 38 C.R. (6th) 217, 2006 BCCA 281, par. 19). Avec égards, je ne suis pas du même avis.

Le raisonnement qui sous-tend la règle élargie des confessions adoptée dans l’arrêt *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, comme celui qui sous-tend la règle antérieure de portée plus étroite, diffère des objectifs de la *Charte*. Une confession peut être « volontaire » suivant la règle de common law tout en ayant été obtenue au moyen d’un acte de l’État qui contrevient à l’art. 7 de la *Charte*. De plus, il y a contravention à l’art. 7 lorsque, comme en l’espèce, un policier qui effectue un interrogatoire compromet la « liberté [du détenu] de choisir de faire ou non une déclaration » (*Hebert*, p. 176). Lorsqu’on y passe outre de manière aussi flagrante, le « droit absolu [du détenu] de choisir librement » (*Hebert*, p. 177) n’est ni « absolu » ni exercé « librement ».

Comme le fait observer la juge Charron, la portée de la règle des confessions reconnue en common law n’est pas en cause dans le présent pourvoi. Appliquant la norme établie dans l’arrêt *Oickle*, le juge du procès a conclu que M. Singh était dans un état d’esprit conscient et que sa volonté n’était pas ébranlée par des menaces ou des promesses, par de l’oppression ou par des ruses policières qui choqueraient la collectivité. Ces conclusions de fait lui permettaient de conclure, comme il l’a fait, que les déclarations inculpatives de M. Singh étaient volontaires au sens de l’arrêt *Oickle*. Cette conclusion n’a pas été portée en appel.

72

73

74

- 75 Justice Charron finds that the expansion of the confessions rule in *Oickle* leaves no additional room for the operation of s. 7 in the context of an “investigatory interview” (paras. 8 and 25). I agree with her that there is considerable overlap between the *Charter* protection of the right to silence and the common law confessions rule. Given their different purposes, however, they should remain distinct doctrines: To *overlap* is not to *overtake*.
- 76 Even under its broader formulation in *Oickle*, the common law rule remains principally concerned with the reliability of confessions and the integrity of the criminal justice system. The purpose of the *Charter*, on the other hand, is “to constrain government action in conformity with certain individual rights and freedoms, the preservation of which are essential to the continuation of a democratic, functioning society in which the basic dignity of all is recognized” (*Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at para. 57).
- 77 As this case illustrates, a purposive approach makes plain that the right to pre-trial silence under s. 7 of the *Charter* is not eclipsed by the common law confessions rule under *Oickle*. This asymmetry should not surprise. The Court has consistently held that the two doctrines are distinct. Lower courts have continued to apply them separately. And even upon expanding the common law rule in *Oickle*, the Court took care to explain that neither rule “subsumes the other” (para. 31).
- 78 Justice Charron finds the reasons of Proulx J.A. in *Otis* “particularly instructive” on the issue that concerns us here. I agree. In Justice Proulx’s words: [TRANSLATION] “The refusal of the investigator to respect the respondent’s specific insistent request to end the interrogation constitutes a violation of the right to remain silent”: *R. v. Otis* (2000), 151 C.C.C. (3d) 416 (Que. C.A.), at para. 43. And I think it especially instructive that Justice Proulx
- La juge Charron estime que l’élargissement de la règle des confessions dans l’arrêt *Oickle* ne laisse aucune place additionnelle à l’application de l’art. 7 dans le contexte d’un « interrogatoire d’enquête » (par. 8 et 25). Je conviens avec elle qu’il existe un recoupement important entre la protection du droit de garder le silence offerte par la *Charte* et la règle des confessions reconnue en common law. Toutefois, compte tenu des objectifs différents qu’ils visent, ces principes doivent demeurer distincts : *recouper* ne signifie pas *supplanter*.
- Même selon sa formulation générale dans l’arrêt *Oickle*, la règle de common law continue de s’attacher principalement à la fiabilité des confessions et à l’intégrité du système de justice criminelle. Par contre, la *Charte* a pour objet de « veiller à ce que toute action gouvernementale soit conforme à certains droits et libertés individuels dont la protection est essentielle au maintien d’une société démocratique et fonctionnelle dans laquelle la dignité fondamentale de tous les individus est reconnue » (*Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 57).
- Comme l’illustre la présente affaire, l’approche téléologique indique clairement que le droit de garder le silence avant le procès, garanti par l’art. 7 de la *Charte*, n’est pas éclipsé par la règle de common law régissant les confessions qui est formulée dans l’arrêt *Oickle*. Cette asymétrie n’a rien d’étonnant. La Cour a toujours conclu que les deux principes sont distincts. Les tribunaux inférieurs ont continué à les appliquer séparément. De plus, même après avoir élargi la portée de la règle de common law dans l’arrêt *Oickle*, la Cour a bien pris soin d’expliquer qu’aucune des règles ne « subsume [. . .] l’autre » (par. 31).
- La juge Charron estime que les motifs du juge Proulx dans l’arrêt *Otis* sont « particulièrement instructif[s] » en ce qui concerne la question qui nous intéresse en l’espèce. Je partage son avis. Comme l’affirme le juge Proulx, « [le] refus de l’enquêteur de respecter à un certain moment l’insistance de l’intimé pour mettre fin à l’interrogatoire constitue une violation du droit au silence » : *R. c. Otis*, [2000] R.J.Q. 2828 (C.A.), par. 43. En outre,

[TRANSLATION] “ruled that the confession should be excluded due to the breach of a right guaranteed by the Charter” (para. 57) rather than under the common law confessions rule — even though, in the particular circumstances of *Otis* (notably the “emotional disintegration” of the accused), he would have excluded the accused’s statement under the confessions rule as well.

je trouve spécialement instructif le fait que le juge Proulx a « concl[u] [. . .] à l’exclusion des aveux en conséquence d’une violation d’un droit garanti par la charte » (par. 57) plutôt qu’en application de la règle des confessions reconnue en common law — même si, compte tenu des circonstances particulières de l’affaire *Otis* (notamment l’« effondrement émotionnel » de l’accusé), il aurait également écarté la déclaration de l’accusé en application de la règle des confessions.

## V

The Court held in *Hebert*, as we have seen, that the s. 7 right to silence “must be interpreted in a manner which secures to the detained person the right to make a free and meaningful choice as to whether to speak to the authorities or to remain silent” (p. 181). Under the *Oickle* test, as noted earlier, a statement is admissible at common law where the detainee had an operating mind and the confession did not result from inducements, oppression, or police trickery that would shock the community. Clearly, however, a confession that meets these common law standards does not invariably represent a “free and meaningful choice” for the purposes of the *Charter*. A choice that has been disregarded, and “unfairly frustrated” (*Hebert*, at p. 186) by relentless interrogation “in an effort to get [a detainee] to confess, no matter what”, is, once again, neither “free” nor “meaningful”. And it is a choice not born of “legitimate means of persuasion” within the meaning of *Hebert* (p. 177).

Duval J. makes this point well in finding that a confession found to be voluntary for the purposes of the common law was nonetheless obtained in violation of s. 7:

Other than covering his ears and standing mute in response to anything said by the police, how is the detained person to exercise his/her right to remain silent? How long is he to be detained in an interview room after he has stated that he has nothing to say while police persist with an interrogation? At what point in

## V

Comme nous l’avons vu, la Cour a conclu, dans l’arrêt *Hebert*, que le droit de garder le silence garanti par l’art. 7 « doit être interprété de manière à garantir à la personne détenue le droit de faire un choix libre et utile quant à la décision de parler aux autorités ou de garder le silence » (p. 181). Comme je l’ai déjà souligné, suivant le critère de l’arrêt *Oickle*, une déclaration est admissible en common law lorsque le détenu était dans un état d’esprit conscient et que la confession ne résultait pas d’encouragements, d’une oppression ou de ruses policières qui choqueraient la collectivité. Toutefois, il est clair qu’une confession qui satisfait à ces critères de common law ne représente pas toujours un « choix libre et utile » pour les besoins de la *Charte*. Un choix auquel on a passé outre et qu’on a « empêché de façon inéquitable » (*Hebert*, p. 186) de faire en poursuivant sans relâche l’interrogatoire d’un détenu [TRANSLATION] « dans le but [de l’]amener [. . .] à passer aux aveux, coûte que coûte » n’est, encore une fois, ni « libre » ni « utile ». Il ne s’agit pas non plus d’un choix découlant de l’utilisation de « moyens de persuasion légitimes » au sens de l’arrêt *Hebert* (p. 177).

Le juge Duval fait bien ressortir ce point lorsqu’il conclut qu’une confession jugée volontaire pour les besoins de la common law avait néanmoins été obtenue en contravention de l’art. 7 :

[TRANSLATION] À moins de se boucher les oreilles et de rester muet face à tout ce qui est dit par les policiers, comment la personne détenue est-elle censée exercer son droit de garder le silence? Durant combien de temps doit-elle être détenue dans une salle d’interrogatoire après avoir déclaré qu’elle n’a rien à dire,

time will the assertion of a right to remain silent be respected by ceasing questioning? Once Mr. McKay clearly and consistently, by four consecutive statements, asserted his right to remain silent, the police could not override it by asserting a right to continue questioning him whether he wished to answer or not.

(*R. v. McKay* (2003), 16 C.R. (6th) 347, 2003 MBQB 141, at para. 100)

81 In *Manninen*, a unanimous Court held that “where a detainee has positively asserted his desire to exercise his right to counsel and the police have ignored his request and have proceeded to question him, he is likely to feel that his right has no effect and that he must answer”: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at p. 1244. The same applies here. Detainees are in the custody of the state and subject to total control by its agents. This heightens the power imbalance between the individual and the state. Detainees left alone to face interrogators who persistently ignore their assertions of the right to silence and their pleas for respite are bound to feel that their constitutional right to silence has no practical effect and that they in fact have no choice but to answer.

## VI

82 With respect, I am troubled by Justice Charron’s suggestion that the ability of the police to investigate crime in Canada would be unduly impaired by the effective exercise of the pre-trial right to silence. In a similar vein, the respondent warns against its “massive and far-reaching consequences in the arena of police investigations” and the federal Director of Public Prosecutions, an intervener, submits that it would have “a devastating impact on criminal justice in Canada”.

83 My colleague writes (at para. 28):

One can readily appreciate that the police could hardly investigate crime without putting questions to persons

alors que les policiers persistent à l’interroger? À quel moment donnera-t-on suite à la revendication d’un droit de garder le silence, en mettant fin à l’interrogatoire? Du moment que M. McKay avait invoqué clairement et constamment, à quatre reprises consécutives, son droit de garder le silence, les policiers ne pouvaient y passer outre en invoquant le droit de continuer à l’interroger peu importe qu’il veuille répondre ou non.

(*R. c. McKay* (2003), 16 C.R. (6th) 347, 2003 MBQB 141, par. 100)

Dans l’arrêt *Manninen*, la Cour a conclu à l’unanimité que, « lorsqu’un détenu a formellement exprimé sa volonté d’exercer son droit à l’assistance d’un avocat et que les policiers ont ignoré sa demande pour commencer à l’interroger, il est bien possible qu’il ait cru que son droit n’avait aucun effet et qu’il devait répondre » : *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, p. 1244. Le même raisonnement s’applique en l’espèce. Les détenus sont sous la garde de l’État et ils sont entièrement sous le contrôle de ses représentants. Cela a pour effet d’accentuer l’inégalité du rapport de force entre l’individu et l’État. Des détenus laissés seuls face à des interrogateurs qui persistent à passer outre à leurs revendications du droit de garder le silence et à leurs demandes de répit ont forcément l’impression que leur droit constitutionnel de garder le silence n’est d’aucune utilité pratique et qu’en fait ils n’ont pas d’autre choix que de répondre.

## VI

Avec égards, je suis préoccupé par l’idée de la juge Charron selon laquelle l’exercice efficace du droit de garder le silence avant le procès compromettrait indûment la capacité de la police de faire des enquêtes criminelles au Canada. Dans la même veine, l’intimée met en garde contre ses [TRADUCTION] « conséquences majeures et profondes dans le domaine des enquêtes policières » et l’intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada prétend que cela aurait [TRADUCTION] « un effet dévastateur sur la justice criminelle au Canada ».

Ma collègue écrit (par. 28) :

On comprendra aisément qu’il serait difficile pour la police d’enquêter sur un crime sans poser de questions

from whom it is thought that useful information may be obtained. The person suspected of having committed the crime being investigated is no exception. Indeed, if the suspect in fact committed the crime, he or she is likely the person who has the most information to offer about the incident. Therefore, the common law also recognizes the importance of police interrogation in the investigation of crime.

In my view, the issue in this case cannot be characterized that way. No one has challenged the right of the police to put “questions to persons from whom it is thought that useful information may be obtained”. While it is true, of course, that the common law recognizes the right of police to ask questions, it is no less true that the Constitution recognizes the right of a detainee to refuse to answer.

This case does not concern the questioning of *potential witnesses* to elicit information from them. It relates to the right of the police, once a detainee has invoked the right of silence protected by s. 7 of the *Charter*, to relentlessly press the detainee’s interrogation “in an effort to get [him or her] to confess, no matter what”. That was the interrogator’s avowed purpose here. And as Wigmore points out in a related, but somewhat different context, “[i]f there is a right to an answer, there soon seems to be a right to the expected answer, — that is, to a confession of guilt.” And “[t]he inclination develops to rely mainly upon such evidence, and to be satisfied with an incomplete investigation of the other sources” (J. H. Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* (2nd ed. 1923), at § 2251, p. 824).

Potential witnesses are rightfully expected, as a matter of civic duty, to assist the police by answering their questions. As a matter of law, however, they may refuse to answer, and go on home. Prisoners and detainees, on the other hand, are by definition not free to leave as they please. They are powerless to end their interrogation. As explained in *Hebert*,

aux personnes qui, selon elle, sont susceptibles de lui fournir des renseignements utiles. La personne soupçonnée d’avoir commis le crime à l’origine de l’enquête ne fait pas exception. Du reste, s’il a effectivement commis le crime, le suspect est vraisemblablement la personne ayant le plus de renseignements à fournir au sujet de l’épisode en question. La common law reconnaît donc aussi l’importance de l’interrogatoire policier dans les enquêtes criminelles.

J’estime que la question à trancher dans la présente affaire ne peut pas être caractérisée ainsi. Personne n’a contesté le droit de la police de « poser de[s] questions aux personnes qui, selon elle, sont susceptibles de lui fournir des renseignements utiles ». Il va sans dire que, bien qu’il soit vrai que la common law reconnaît le droit de la police de poser des questions, il n’est pas moins vrai que la Constitution reconnaît le droit du détenu de refuser de répondre.

La présente affaire ne porte pas sur l’interrogatoire de *témoins potentiels* en vue d’obtenir des renseignements auprès d’eux. Elle concerne le droit de la police, une fois qu’un détenu a invoqué le droit de garder le silence protégé par l’art. 7 de la *Charte*, de poursuivre sans relâche son interrogatoire « dans le but [de l]’amener [ . . . ] à passer aux aveux, coûte que coûte ». Tel était l’objectif avoué de l’interrogateur en l’espèce. Comme Wigmore l’a fait remarquer dans un contexte analogue, mais quelque peu différent, [TRADUCTION] « [s]’il existe un droit à une réponse, il semble dès lors y avoir un droit à la réponse escomptée, c’est-à-dire à un aveu de culpabilité. » De plus, « [i]l se développe une tendance à s’en remettre principalement à une telle preuve et à se contenter d’une enquête incomplète sur les autres sources » (J. H. Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* (2<sup>e</sup> éd. 1923), § 2251, p. 824).

On s’attend à juste titre à ce que les témoins potentiels aident la police en répondant à ses questions conformément à leur devoir civique. Toutefois, du point de vue juridique, ils peuvent refuser de répondre et rentrer chez eux. En revanche, les prisonniers et les détenus ne sont par définition pas libres de s’en aller quand bon leur semble. Ils sont

84

85

86

this is why they have been given the right to counsel and its close relative, the right to silence.

87 Neither of these rights has been given constitutional protection *on the condition that it not be exercised*, lest the investigation of crime be brought to a standstill. On the contrary, the policy of the law is to *facilitate*, and not to *frustrate*, the effective exercise of both rights by those whom they are intended to protect. They are *Charter* rights, not constitutional placebos.

88 Moreover, we have no evidence to support the proposition that requiring the police to respect a detainee's right of silence, once it has been unequivocally asserted, would have a "devastating impact" on criminal investigations anywhere in this country.

89 For more than 40 years, it has been the law in the United States that where a suspect "indicates in any manner, at any time prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease": *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), at pp. 473-74. And yet, as Wharton puts it, "[n]umerous studies in the years following this decision have concluded that *Miranda* had little impact on the ability of the police to obtain statements": *Wharton's Criminal Procedure* (14th ed. (loose-leaf)), at p. 19-9.

90 Moreover, after nearly a decade of experience with *Miranda*, the U.S. Supreme Court reaffirmed its underlying rationale in these terms:

A reasonable and faithful interpretation of the *Miranda* opinion must rest on the intention of the Court in that case to adopt "fully effective means . . . to notify the person of his right of silence and to assure that the exercise of the right will be scrupulously honored . . ." 384 U.S. [436], at 479. The critical safeguard identified in the passage at issue is a person's "right to cut off

impuissants à mettre fin à leur interrogatoire. Comme la Cour l'explique dans l'arrêt *Hebert*, c'est la raison pour laquelle on leur a donné le droit de recourir à l'assistance d'un avocat et celui étroitement apparenté de garder le silence.

Aucun de ces droits ne s'est vu accorder la protection constitutionnelle à la condition qu'il ne soit pas exercé, de crainte que les enquêtes criminelles soient paralysées. Au contraire, la loi a comme politique générale de faciliter, et non d'empêcher, l'exercice efficace de ces deux droits par les personnes qu'ils sont censés protéger. Ce sont des droits garantis par la *Charte*, et non des placebos constitutionnels.

De surcroît, aucune preuve ne vient appuyer la proposition selon laquelle le fait d'obliger la police à respecter le droit d'un détenu de garder le silence, dès qu'il a clairement été invoqué, aurait un « effet dévastateur » sur les enquêtes criminelles partout au pays.

Depuis plus de 40 ans, le droit américain veut que, si un suspect [TRADUCTION] « indique, de quelque manière et à quelque moment que ce soit avant ou pendant l'interrogatoire, qu'il souhaite garder le silence, l'interrogatoire doit cesser » : *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), p. 473-474. Pourtant, comme l'affirme Wharton, [TRADUCTION] « [d]e nombreuses études effectuées au cours des années qui ont suivi cette décision sont arrivées à la conclusion que l'arrêt *Miranda* avait peu d'incidence sur la capacité de la police d'obtenir des déclarations » : *Wharton's Criminal Procedure* (14<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 19-9.

En outre, presque dix années après avoir rendu l'arrêt *Miranda*, la Cour suprême des États-Unis en a réitéré la raison d'être fondamentale en ces termes :

[TRADUCTION] Une interprétation raisonnable et fidèle de l'arrêt *Miranda* doit s'appuyer sur l'intention de la Cour, dans cette affaire, d'adopter un « moyen pleinement efficace [. . .] d'aviser la personne de son droit de garder le silence et d'assurer que ce droit sera scrupuleusement respecté s'il est exercé [. . .] » 384 U.S. [436], p. 479. La garantie cruciale décrite dans le

questioning.” *Id.*, at 474. Through the exercise of his option to terminate questioning he can control the time at which questioning occurs, the subjects discussed, and the duration of the interrogation. The requirement that law enforcement authorities must respect a person’s exercise of that option counteracts the coercive pressures of the custodial setting. We therefore conclude that the admissibility of statements obtained after the person in custody has decided to remain silent depends under *Miranda* on whether his “right to cut off questioning” was “scrupulously honored.”

(*Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975), at pp. 103-4)

In *Mosley*, upon the detainee’s request, “the police . . . immediately ceased the interrogation, resumed questioning only after the passage of a significant period of time and the provision of a fresh set of warnings, and restricted the second interrogation to a crime that had not been a subject of the earlier interrogation” (p. 106). The Court was therefore satisfied that the detainee’s “right to cut off questioning” had been “scrupulously honored”, within the meaning of *Miranda*.

More recently, after an additional quarter-century under this investigatory regime, the U.S. Supreme Court affirmed that “*Miranda* and its progeny in this Court govern the admissibility of statements made during custodial interrogation in both state and federal courts”. See *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), at p. 432, where the Court held that Congress could not circumvent or override *Miranda* by making voluntariness the sole criterion of admissibility of a detainee’s statements to the police.

Not everyone will agree with Wharton that *Miranda* appears to have had little effect on the ability of the police to obtain statements. There are, of course, conflicting assessments of the evidence as to its impact, but *Miranda* can hardly be said to have paralysed criminal investigations in

passage en cause est le « droit » d’une personne « de mettre fin à l’interrogatoire. » *Id.*, p. 474. En choisissant, comme il lui est loisible de le faire, de mettre fin à l’interrogatoire qu’elle subit, une personne peut exercer un contrôle sur le moment et la durée de l’interrogatoire, de même que sur les sujets abordés. L’exigence que les autorités chargées d’appliquer la loi respectent le choix fait par cette personne neutralise les pressions coercitives du placement sous garde. Nous concluons donc que l’admissibilité des déclarations obtenues après que la personne sous garde a décidé de garder le silence dépend, selon l’arrêt *Miranda*, de la question de savoir si son « droit de mettre fin à l’interrogatoire » a été « scrupuleusement respecté. »

(*Michigan c. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975), p. 103-104)

Dans l’affaire *Mosley*, à la demande du détenu, [TRADUCTION] « la police [. . .] a mis fin immédiatement à l’interrogatoire, qu’elle n’a repris qu’au bout d’un bon moment et à la suite d’une nouvelle série de mises en garde, et elle a fait porter le second interrogatoire uniquement sur un crime non visé par l’interrogatoire antérieur » (p. 106). La Cour était donc convaincue que le « droit » du détenu « de mettre fin à l’interrogatoire » avait été « scrupuleusement respecté », au sens de l’arrêt *Miranda*.

Plus récemment, après un autre quart de siècle de ce régime d’enquête, la Cour suprême des États-Unis a confirmé que [TRADUCTION] « l’arrêt *Miranda* et ceux que notre Cour a rendus dans sa foulée régissent l’admissibilité en preuve, devant les tribunaux des États et les tribunaux fédéraux, des déclarations faites pendant un interrogatoire sous garde ». Voir l’arrêt *Dickerson c. United States*, 530 U.S. 428 (2000), p. 432, où la Cour a estimé que le Congrès ne pouvait pas esquiver l’arrêt *Miranda* ou y passer outre en faisant du caractère volontaire le seul critère d’admissibilité des déclarations qu’un détenu a faites à la police.

Tous ne conviendront pas avec Wharton que l’arrêt *Miranda* semble avoir eu peu d’incidence sur la capacité de la police d’obtenir des déclarations. Certes, il existe des appréciations contradictoires de la preuve relative à l’incidence qu’il a eue, mais on peut difficilement affirmer que l’arrêt *Miranda*

91

92

93

the United States. And there is no evidentiary basis for suggesting that it would do so in Canada.

94 In any event, the success of this appeal does not depend on the importation of the *Miranda* rule into Canada. And I take care not to be misunderstood to suggest that *Miranda* either is now, or ought to be made, the law in Canada. Here, the right to silence, once asserted, is not a barrier to the admissibility of any subsequent pre-trial statement of a detainee or prisoner. Nor is there any requirement that interrogators obtain a signed waiver from detainees, as the appellant suggests there ought to be. On the other hand, in the words of Professors Delisle, Stuart and Tanovich, “[o]nce an accused has clearly stated he wishes to remain silent, the police cannot act as if there has been a waiver” (R. J. Delisle, D. Stuart and D. M. Tanovich, *Evidence: Principles and Problems* (8th ed. 2007), at p. 489).

95 In short, detainees who have asserted their right to silence are entitled to change their minds. As I have stated elsewhere, “[a]n initial refusal can later give way to a crisis of conscience, to an ‘unconscious compulsion to confess’ — or, simply, to a genuine change of heart”: *R. v. Timm* (1998), 131 C.C.C. (3d) 306 (Que. C.A.), at para. 145. But they cannot be compelled to do so by the persistent disregard of that choice. As mentioned earlier, that is what happened here.

96 Finally, even in the absence of the required evidentiary foundation, I am prepared for present purposes to recognize that the work of the police would be made easier (and less challenging) if police interrogators were permitted to undermine the constitutionally protected rights of detainees, including the right to counsel and the right to silence — either by pressing detainees to waive them, or by “unfairly frustrat[ing]” their exercise (*Hebert*, at

a paralysé des enquêtes criminelles aux États-Unis. De plus, rien dans la preuve n’indique qu’il le ferait au Canada.

Quoi qu’il en soit, le succès du présent pourvoi ne dépend pas de l’importation de la règle de l’arrêt *Miranda* au Canada. De plus, je tiens à préciser que je ne veux pas que l’on croie à tort que j’insinue que l’arrêt *Miranda* s’applique actuellement au Canada ou qu’il devrait s’y appliquer. Dans notre pays, le droit de garder le silence, une fois invoqué, ne fait pas obstacle à l’admissibilité de quelque déclaration subséquente qu’un détenu ou un prisonnier a faite avant son procès. De plus, rien n’oblige un interrogateur à obtenir du détenu une renonciation écrite à l’exercice de son droit, comme ce devrait être le cas selon l’appelant. En revanche, pour reprendre les propos des professeurs Delisle, Stuart et Tanovich, [TRADUCTION] « [u]ne fois que l’accusé a clairement affirmé qu’il souhaite garder le silence, la police ne peut pas agir comme s’il avait renoncé à exercer ce droit » (R. J. Delisle, D. Stuart et D. M. Tanovich, *Evidence : Principles and Problems* (8<sup>e</sup> éd. 2007), p. 489).

Bref, les détenus qui ont invoqué leur droit de garder le silence ont le droit de changer d’avis. Comme je l’ai affirmé à une autre occasion, [TRADUCTION] « [u]n refus initial peut être suivi d’une crise de conscience, d’une “impulsion inconsciente à passer aux aveux” — ou, simplement, d’un changement d’avis sincère » : *Timm c. La Reine*, [1998] R.J.Q. 3000 (C.A.), p. 3021. Cependant, on ne peut pas les contraindre à changer d’avis en persistant à faire fi de leur choix. Comme je l’ai déjà mentionné, c’est ce qui s’est produit en l’espèce.

Finalement, même en l’absence de la preuve à l’appui requise, je suis disposé à reconnaître, pour les besoins de la présente affaire, que le travail de la police serait facilité (et moins éprouvant) si les policiers qui effectuent un interrogatoire pouvaient compromettre les droits constitutionnellement protégés des détenus, y compris le droit à l’assistance d’un avocat et celui de garder le silence — soit en les « empêch[ant]

p. 186). More draconian initiatives might prove more effective still.

Nonetheless and without hesitation, I much prefer a system of justice that permits the effective exercise by detainees of the constitutional and procedural rights guaranteed to them by the law of the land. The right to silence, like the right to counsel, is in my view a constitutional promise that must be kept.

## VII

The police conduct in issue here “was not done in execution of or by necessary implication from a statutory or regulatory duty, and it was not the result of application of a common law rule” (*Hebert*, at p. 187). Therefore the violation of s. 7 was not “prescribed by law” and cannot be saved by s. 1.

I am satisfied that Mr. Singh’s admission should have been excluded in accordance with s. 24(2) of the *Charter*. His right to silence under s. 7 was violated and he was conscripted to provide evidence against himself. The use of this evidence rendered the trial unfair, “for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination”: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 284. There is no claim that this admission could have been obtained through alternative, non-conscriptive means: see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 119. Moreover, it is apparent from my reasons that I consider the breach in this case to be serious. Were it necessary to do so, I would reiterate here my earlier comments in that regard.

## VIII

For all of these reasons, as stated at the outset, I would exclude Mr. Singh’s statements, allow the appeal, and order a new trial.

de façon inéquitable » de les exercer (*Hebert*, p. 186). Des mesures plus draconiennes pourraient se révéler plus efficaces encore.

Pourtant, je préfère de loin, sans hésitation, un système de justice qui permet aux détenus d’exercer efficacement les droits constitutionnels et procéduraux qui leur sont garantis par la loi du pays. Le droit de garder le silence, comme celui de recourir à l’assistance d’un avocat, constitue à mon avis une promesse constitutionnelle qui doit être tenue.

## VII

Le comportement des policiers qui est en cause dans la présente affaire « ne résulte ni ne découle nécessairement de l’exécution d’une obligation prévue par la loi ou un règlement et ne résulte pas non plus de l’application d’une règle de common law » (*Hebert*, p. 187). Par conséquent, la violation de l’art. 7 n’était pas « prescrite par une règle de droit » et ne peut pas être justifiée par l’article premier.

Je suis persuadé que l’aveu de M. Singh aurait dû être écarté en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le droit de garder le silence que lui garantit l’art. 7 a été violé et il a été forcé de fournir un élément de preuve contre lui-même. « Puisque ce[t] élém[en]t de preuve n’existai[t] pas avant la violation », son utilisation a rendu le procès inéquitable « et constitu[ait] une attaque contre l’un des principes fondamentaux d’un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même » : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 284. On ne prétend pas que cet aveu aurait pu être obtenu par un autre moyen non fondé sur la mobilisation du détenu contre lui-même : voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 119. De plus, il ressort de mes motifs que je considère que la violation commise en l’espèce est grave. S’il était nécessaire de le faire, je réitérerais ici les remarques que j’ai déjà formulées à cet égard.

## VIII

Pour tous ces motifs et comme je l’ai dit au départ, j’écarterais les déclarations de M. Singh, j’accueillerais le pourvoi et j’ordonnerais un nouveau procès.

97

98

99

100

*Appeal dismissed, BINNIE, LEBEL, FISH and ABELLA JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Fleming, Breen, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.*

*Pourvoi rejeté, les juges BINNIE, LEBEL, FISH et ABELLA sont dissidents.*

*Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Fleming, Breen, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.*