

Thomas Arthur Hogan *Appellant*;

and

Her Majesty the Queen *Respondent*.

1973: November 22; 1974: June 12.

Present: Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Criminal Law—Motor Vehicles—Breathalyzer—Refusal of right to counsel—Admissibility of certificate of analysis—Criminal Code, ss. 235, 236, 237—Canadian Bill of Rights, s. 2(c)(ii).

The car driven by the appellant had swerved over the sidewalk and was stopped by a constable who, in conversation with the appellant, noticed a strong smell of alcohol on his breath, blood shot eyes and a flushed face. He then gave him a breathalizer demand. The appellant at the police station asked to speak to his lawyer before taking the test. This request was refused and the appellant was given the alternative of either providing the breath sample forthwith or being charged with refusing to provide a breath sample. The appellant then submitted to the test which indicated a reading of 230 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood. At trial the certificate of analysis was admitted in evidence and the appellant convicted of driving with a blood alcohol level greater than 0.08 contrary to s. 236 of the *Criminal Code*. The conviction was affirmed by the Appeal Division.

Held (Spence and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie and Dickson JJ: The result of the breathalizer test was the only evidence on which the appellant could be convicted and therefore was proof of "the main issue before the court". Even if this evidence had been improperly or illegally obtained, there were no grounds for excluding it at common law. The certificate was both relevant and cogent and was clearly admissible at common law. Whatever view may be taken of the constitutional impact of the *Canadian Bill of Rights* it is not the case that whenever there has been a breach of one of the provisions

Thomas Arthur Hogan *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1973: le 22 novembre; 1974: le 12 juin.

Présents: Le juge en chef Fauteux et les juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel—Véhicules à moteur—Ivressomètre—Négation du droit à un avocat—Recevabilité du certificat d'analyse—Code criminel, art. 235, 236, 237—Déclaration canadienne des droits, art. 2 c) (ii).

La voiture conduite par l'appelant a fait une embardée sur le trottoir et elle a été arrêtée par un constable qui, en s'entretenant avec l'appelant, a remarqué que son haleine dégageait une forte odeur d'alcool et qu'il avait les yeux injectés de sang et le visage congestionné. Le constable l'a sommé de se soumettre à l'ivressomètre. L'appelant, alors qu'il était au poste de police, a demandé à parler à son avocat avant de subir le test. Cette requête a été refusée et l'appelant a été placé dans l'alternative soit de fournir l'échantillon d'haleine tel que demandé soit d'être inculpé de refus de fournir un échantillon d'haleine. L'appelant s'est soumis au test qui a révélé un contenu de 230 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Au procès, le certificat d'analyse a été admis en preuve et l'appelant a été déclaré coupable d'avoir conduit un véhicule alors qu'il avait dans son sang une quantité d'alcool dépassant 0.08 contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*. La déclaration de culpabilité a été confirmée par la Division d'appel.

Arrêt (les juges Spence et Laskin étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge en chef Fauteux et les juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie et Dickson: Le résultat du test de l'ivressomètre constituait le seul élément de preuve qui pouvait permettre la condamnation de l'appelant et constituait donc la preuve de «la principale question en litige devant la Cour». Même si cette preuve avait été obtenue irrégulièrement ou illégalement, selon les règles de la *common law*, il n'y avait donc pas de motifs de l'écarter. Le certificat était à la fois pertinent et probant et il était clairement recevable selon la *common law*. Quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir de la portée constitutionnelle de

of that Bill it justifies the adoption of the "absolute exclusion" rule.

Per Pigeon J.: Even if the *Canadian Bill of Rights* is given the same effect as a constitutional instrument, this does not mean that a rule of absolute exclusion, which is in derogation of the common law rule should govern the admissibility of evidence obtained whenever there has been a breach of one of the provisions contained in that Bill.

Per Spence J., dissenting: The certificate of the result of the test obtained after a demand made in open defiance of the *Canadian Bill of Rights* is not a legal demand and therefore not "a demand made under Section 235(1)."

Per Laskin J., dissenting: The prosecution should not be permitted to invoke the special provisions of s. 237 of the *Criminal Code* after denial of access to counsel in violation of s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*. There being no doubt as to such denial and violation, the Courts must apply a sanction. There is no practical alternative to the rule of exclusion if any serious view at all is to be taken of this breach of the *Canadian Bill of Rights*.

[*King v. The Queen*, [1969] 1 A.C. 304 applied; *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926 distinguished; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Mapp v. Ohio* (1961), 367 U.S. 643; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, referred to]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division¹, dismissing an appeal against a judgment after trial *de novo* affirming a conviction for having the control of a motor vehicle while having a blood alcohol level greater than 0.08 contrary to s. 236 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Spence and Laskin JJ. dissenting.

R. R. Duplak and R. L. Weldon, for the appellant.

G. Stewart, for the respondent.

¹ (1972), 5 N.S.R. (2d) 73.

la *Déclaration des droits*, cela ne veut pas dire que chaque fois qu'il y a eu une violation des dispositions de cette *Déclaration*, elle justifie l'adoption de la règle de «l'exclusion absolue».

Le juge Pigeon: Même si l'on donne à la *Déclaration canadienne des droits* l'effet d'un document constitutionnel, cela ne signifie pas que, contrairement à la règle de *common law*, une preuve obtenue en violation d'une disposition de cette *Déclaration* doit être déclarée absolument irrecevable.

Le juge Spence, dissident: Le certificat du test d'haleine obtenu après une sommation faite au mépris flagrant des dispositions de la *Déclaration des droits* n'est pas une sommation légale et ne constitue donc pas une sommation «faite en vertu du par (1) de l'art. 235».

Le juge Laskin, dissident: On ne devrait pas permettre à la poursuite d'invoquer les dispositions spéciales de l'art. 237 du *Code criminel* après avoir refusé l'accès à un avocat en violation du sous-al. (ii) de l'al. c) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*. Puisqu'il n'y a pas de doute qu'il y a eu un tel refus et une telle violation, les tribunaux doivent imposer une sanction. Il n'y a pas de solution de rechange pratique à la règle d'exclusion si l'on veut moindrement prendre au sérieux cette violation de la *Déclaration canadienne des droits*.

[Arrêt appliqué: *King v. The Queen*, [1969] 1 A.C. 304. Distinction faite avec l'arrêt: *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926. Arrêts mentionnés: *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Mapp v. Ohio* (1961), 367 U.S. 643; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse¹ rejetant un appel d'un jugement, à la suite d'un procès *de novo*, confirmant une déclaration de culpabilité d'avoir conduit un véhicule à moteur ayant dans le sang une quantité d'alcool dépassant 0.08 contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*. Le pourvoi est rejeté, les juges Spence et Laskin étant dissidents.

R. R. Duplak et R. L. Weldon, pour l'appellant.

G. Stewart, pour l'intimée.

¹ [1972], 5 N.S.R. (2d) 73.

The judgment of Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie and Dickson JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought, with leave of this Court, from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia, which affirmed the judgment of Anderson Co. Ct. J., rendered after a trial *de novo* whereby he had affirmed the appellant's conviction entered in the provincial magistrate's court before M.D. Haley, a judge of that court, on an information charging that he "did unlawfully have the control of a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, contrary to s. 236 of the *Criminal Code*."

The case presented by the Crown rested on the evidence of the result of a chemical analysis of the breath of the accused made in purported compliance with s. 237 of the *Criminal Code*, the relevant subsection of which reads as follows:

237. (1) In any proceedings under section 234 or 236, . . .

(c) where a sample of the breath of the accused has been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), if . . .

(ii) the sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event not later than two hours after that time,

(iii) the sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) a chemical analysis of the sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician, . . .

evidence of the result of the chemical analysis so made is, in the absence of any evidence to the contrary, proof of the proportion of alcohol in the blood

Le jugement du juge en chef Fauteux et des juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie et Dickson a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le pourvoi, autorisé par cette Cour, est à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse; l'arrêt en question a confirmé un jugement par lequel M. le juge Anderson, de la Cour de comté, confirmait lui-même, à la suite d'un procès *de novo*, une déclaration de culpabilité qu'on avait inscrite en Cour du magistrat provincial devant M. D. Haley, un juge de ladite Cour. Cette déclaration de culpabilité avait trait à une dénonciation qui accusait l'appelant d'avoir: [TRADUCTION] «illégalement eu le contrôle d'un véhicule à moteur, ayant consommé une quantité d'alcool telle que la proportion d'alcool dans son sang au moment pertinent dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*».

Toute la cause exposée par le ministère public repose sur la preuve du résultat d'une analyse chimique de l'haleine du prévenu, faite censément en conformité de l'art. 237 du *Code criminel*, dont le paragraphe pertinent se lit comme suit:

237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236, . . .

c) lorsqu'un échantillon de l'haleine du prévenu a été prélevé conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1), . . .

(ii) si l'échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction est alléguée avoir été commise et, de toute façon, pas plus de deux heures après ce moment,

(iii) si l'échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé manipulé par un technicien qualifié, et

(iv) si une analyse chimique de l'échantillon a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié, . . .

la preuve du résultat de l'analyse chimique ainsi faite fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu au

of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed; . . .

Having regard to the arguments presented in this appeal, I think it desirable at the outset to reproduce section 235 of the *Criminal Code* which reads as follows:

235. (1) Where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under section 234, he may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require him to provide then or as soon thereafter as is practicable a sample of his breath suitable to enable an analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample to be taken.

(2) Every one who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine of not less than fifty dollars and not more than one thousand dollars or to imprisonment for not more than six months, or both.

The evidence discloses that at about 1:30 a.m. on June 3, 1972, a constable of the Dartmouth Police Force stopped a car being driven by the appellant because he noticed that it had swerved over the sidewalk. The constable had some conversation with the appellant through the window of the car and he gave the following evidence of his actions and observations:

Q. Now tell me what observations you made of the accused, please?

A. First of all I smelled a strong smell of alcohol on the accused's breath. Secondly, I noticed the accused had bloodshot eyes and a flushed face.

Q. Did you have any opinion after making your observation as to his condition of sobriety?

A. Yes, I did.

Q. What was your opinion?

A. I . . . my own opinion he was intoxicated so I gave him a demand regarding the breathalyzer.

moment où l'infraction est alléguée avoir été commise; . . .

Vu les arguments soulevés dans ce pourvoi, je crois préférable au départ de reproduire l'art. 235 du *Code criminel* qui se lit comme suit:

235. (1) Lorsqu'un agent de la paix croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis à quelque moment au cours des deux heures précédentes, une infraction à l'article 234, il peut, par sommation faite à cette personne sur-le-champ ou aussitôt que c'est matériellement possible, exiger que cette personne fournisse alors ou aussitôt que c'est matériellement possible par la suite, un échantillon de son haleine propre à permettre de faire une analyse en vue d'établir la proportion d'alcool dans son sang, le cas échéant, et qu'elle le suive afin de permettre le prélèvement d'un tel échantillon.

(2) Quiconque, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refuse d'obtempérer à une sommation qui lui est faite par un agent de la paix aux termes du paragraphe (1), est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, et passible d'une amende d'au moins cinq dollars et d'au plus mille dollars ou d'un emprisonnement d'au plus six mois, ou des deux peines à la fois.

La preuve révèle que vers 1 h 30 du matin, le 3 juin 1972, un constable de Dartmouth a arrêté une voiture conduite par l'appellant parce qu'il avait remarqué qu'elle avait fait une embardée sur le trottoir. Le constable s'est entretenu avec l'appellant au travers de la fenêtre de la voiture et il a donné, de ses actes et constatations, le compte rendu suivant:

[TRADUCTION] Q. Maintenant, dites-moi, s'il vous plaît, ce que vous avez observé chez l'accusé?

R. D'abord, j'ai senti une forte odeur d'alcool provenant de l'haleine de l'accusé. Deuxièmement, j'ai remarqué que l'accusé avait les yeux injectés de sang et le visage congestionné.

Q. Après avoir fait vos constatations, aviez-vous une opinion sur son état?

R. Oui j'en avais.

Q. Quelle était votre opinion?

R. Je . . . selon ma propre opinion il était en état d'ivresse, aussi je lui ai fait une sommation relative à l'ivressomètre.

Q. Now what demand did you give him?

A. I demand you accompany me to the Dartmouth Police Station to provide a sample of your breath suitable to be analyzed to determine the amount of alcohol if any in your blood.

Q. Did you tell him anything else?

A. Yes. If he refused this demand he would be charged with refusal.

Q. Now what time was it that you gave him this demand?

A. 1:35 a.m., I looked at my watch at the time.

Q. I take it it was only a matter of a few minutes before that you had seen the car?

A. Yes, it was, sir.

Q. All right, did you go directly back to the station?

A. Yes, I did.

Q. And what happened back there? Very briefly, now?

A. I turned the accused Mr. Hogan over to Constable Gary MacDonald, our qualified breathalyzer operator.

THE COURT: Apparently Mr. Hogan returned to the station with you?

A. Yes, he did.

In describing his actions after the "demand" had been made, the appellant said:

My girlfriend and I both got out of the car and we got in the back of Constable Rafuse's car and we proceeded to the Dartmouth police station. Upon arrival I asked my girlfriend to call my counsel.

No charge had been laid against the appellant at this stage and he had accordingly not been formally arrested, but he gave the following account of what transpired after his arrival at the police station:

Q. What happened then?

A. I was taken into the breathalyzer room and introduced to constable MacDonald and I was sitting waiting for the test when I heard my counsel.

Q. Maintenant quelle sommation lui avez-vous faite?

R. Je vous somme de m'accompagner au poste de police de Dartmouth afin de fournir un échantillon de votre haleine propre à faire une analyse en vue d'établir la proportion d'alcool dans votre sang.

Q. Lui avez-vous dit autre chose?

R. Oui. S'il refusait d'obtempérer à cette sommation, il serait accusé de refus.

Q. Maintenant quelle heure était-il lorsque vous lui avez fait cette sommation?

R. 1 h 35 du matin, j'ai regardé ma montre à ce moment-là.

Q. Je présume que c'était seulement quelques minutes auparavant que vous aviez vu la voiture?

R. Oui Monsieur, c'est ça.

Q. Très bien, êtes-vous revenu directement au poste de police?

R. Oui.

Q. Et que s'est-il produit là? Très brièvement, là?

R. J'ai confié l'accusé, M. Hogan, au constable Gary MacDonald, notre opérateur qualifié pour manipuler l'ivressomètre.

LE TRIBUNAL: Apparemment, M. Hogan est retourné au poste de police avec vous?

R. Oui.

En décrivant ce qui s'est passé après que la «sommation» lui a été faite, l'appelant dit:

[TRADUCTION] Mon amie et moi sommes tous deux descendus de la voiture et sommes montés à l'arrière de la voiture du constable Rafuse et nous nous sommes dirigés vers le poste de police de Dartmouth. A notre arrivée, j'ai demandé à mon amie d'appeler mon avocat.

Aucune accusation n'avait été portée contre l'appelant à ce stade et par conséquent il n'avait pas été formellement mis en état d'arrestation, mais il décrit de la façon suivante ce qui s'est passé après son arrivée au poste de police:

Q. Que s'est-il passé alors?

R. Je fus conduit dans la salle de l'ivressomètre et présenté au constable MacDonald et j'étais assis attendant de subir le test lorsque j'ai entendu mon avocat.

Q. What do you mean you heard your counsel?

A. I could hear him through the door my counsel asking if I was at the police station, my counsel was present.

Q. I see, you recognize your counsel's voice?

A. Yes, I do.

Q. You know it well?

A. Yes.

Q. So you heard his voice asking to see you, before the test was completed?

A. This was before the first test was given, yes.

Q. I see and what did you do at that point?

A. I requested to Constable MacDonald to see my counsel before taking the test and I was told that I didn't have any right to see anyone until after the test and if I refused the test I would be charged with refusal of the breathalyzer.

Q. I see, so he told you no when you asked to see your counsel?

A. That's right.

Q. Why did you want to see counsel?

A. I wanted to see counsel to see whether I had to take the test or not.

Q. And then I gather the test was given to you?

A. Yes, I took the test rather than be nailed with refusal.

Q. I see, in other words you took the alternative?

A. Yes.

Q. It was offered to you by Constable MacDonald?

A. Yes.

Q. And that alternative was offered to you in reply to your request for counsel?

A. Yes, it was.

Q. Was counsel present when your test was finished?

A. After I left the room I saw my counsel.

Q. I see and where was he?

A. Counsel was just outside the door to the breathalyzer room.

Q. Que voulez-vous dire par vous avez entendu votre avocat?

R. Je pouvais à travers la porte entendre mon avocat demander si j'étais au poste de police, mon avocat était présent.

Q. Je vois, vous avez reconnu la voix de votre avocat?

R. Oui, je l'ai reconnue.

Q. Vous la connaissez bien?

R. Oui.

Q. Ainsi vous avez entendu sa voix, lorsqu'il demandait à vous voir, avant que le test soit complété?

R. C'était avant qu'on me fasse subir le premier test, oui.

Q. Je vois, et qu'avez-vous fait à ce moment-là?

R. J'ai demandé au constable MacDonald à voir mon avocat avant de me soumettre au test et on m'a répondu que je n'avais aucun droit de voir quelqu'un avant que le test soit complété et que si je refusais de me soumettre au test, je serais inculpé de refus.

Q. Je vois, ainsi il vous a dit non lorsque vous lui avez demandé de voir votre avocat?

R. C'est exact.

Q. Pourquoi vouliez-vous voir un avocat?

R. Je voulais voir un avocat pour savoir si j'étais obligé de me soumettre au test ou non.

Q. Et alors je comprends qu'on vous a soumis au test?

R. Oui, j'ai accepté le test plutôt que d'être accusé de refus.

Q. Je vois, en d'autres mots vous avez opté pour le second parti?

R. Oui.

Q. Et vous aviez été placé dans l'alternative par le constable MacDonald?

R. Oui.

Q. Et on vous a placé dans l'alternative en réponse à votre demande de consulter un avocat?

R. Oui, c'est ça.

Q. L'avocat était-il présent lorsqu'on a terminé votre test?

R. Après être sorti de la salle, j'ai vu mon avocat.

Q. Je vois et où était-il?

R. L'avocat était à l'extérieur tout près de la porte donnant sur la salle de l'ivressomètre.

Q. At any time was he present during the test?

A. No, he wasn't.

The result of the breathalyzer test was a finding of 230 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood and in the course of his cross-examination the appellant agreed that he had been drinking rum and could have had "a good pint".

It was contended on behalf of the appellant that the evidence of the result of the chemical analysis of his breath taken by Constable MacDonald, who was a qualified technician was inadmissible because it was obtained in violation of s. 2.(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights* which provides, in part, that:

... no law of Canada shall be construed or applied so as to ...

(c) deprive a person who has been arrested or detained ...

(ii) of the right to retain and instruct counsel without delay ...

Counsel for the appellant relied on the case of *Brownridge v. The Queen*², in support of his contention that the evidence of the result of the breathalyzer test should have been excluded.

In the *Brownridge* case it was held that the denial of the right to retain and instruct counsel without delay to an accused person who was under arrest, afforded that person "reasonable excuse" for refusing to comply with the demand made pursuant to s. 223(2) (now 235(2)), *supra*. In considering whether the *Brownridge* case can be said to govern the circumstances disclosed in the present case, it is to be remembered that *Brownridge* had refused to comply with a demand made under the purported authority of s. 235(1), and the only question to be determined was whether his having been denied the right to retain and instruct counsel constituted a "reasonable excuse" for such refusal. As Mr. Justice Laskin (as he then was) said in that case, at p. 954:

² [1972] S.C.R. 926.

Q. A-t-il, en aucun temps durant le test, été présent?

R. Non il ne l'a pas été.

Le test de l'ivressomètre a révélé un contenu de 230 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang et lors du contre-interrogatoire, l'appellant a reconnu qu'il avait bu du rhum et qu'il pouvait en avoir bu «une bonne chopine».

On a prétendu au nom de l'appellant que la preuve du résultat de l'analyse chimique de son haleine effectuée par le constable MacDonald, qui était un technicien qualifié, était irrecevable parce qu'elle avait été obtenue en violation du sous-al. (ii) et de l'al. c) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* qui prévoit, entre autres choses, que:

... nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

c) privant une personne arrêtée ou détenue ...

(ii) du droit de retenir et constituer un avocat sans délai ...

L'avocat de l'appellant s'est appuyé sur l'arrêt *Brownridge c. La Reine*², pour étayer sa prétention que la preuve du résultat du test de l'ivressomètre aurait dû être écartée.

Dans l'affaire *Brownridge*, il a été décidé que la négation à une personne en état d'arrestation du droit de retenir et constituer un avocat sans délai, donnait à cette personne une «excuse raisonnable» de refuser d'obtempérer à une sommation qui lui avait été faite conformément au par. (2) de l'art. 223 (maintenant le par. (2) de l'art. 235), précité. En examinant si l'affaire *Brownridge* peut s'appliquer dans les circonstances dévoilées en l'espèce, on doit se rappeler que *Brownridge* avait refusé d'obtempérer à une sommation faite en vertu de l'autorité censément conférée par le par. (1) de l'art. 235, et que la seule question à décider était de savoir si la négation qui lui avait été faite du droit de retenir et constituer un avocat constituait «une excuse raisonnable» justifiant un tel refus.

² [1972] R.C.S. 926.

This is not a case where the infringement of the *Canadian Bill of Rights* renders a federal enactment inoperative. *Regina v. Drybones* was a case where the particular federal enactment could have no operation at all in the face of the *Canadian Bill of Rights*. The present case does not present such a blunt face; its facts show that s. 223 can operate with due obedience to the *Canadian Bill of Rights*. Hence, all that is required is that in the invocation of or exercise of the powers under s. 223 allowance be made for the exercise of the overriding right given by s. 2(c) (ii) of the *Canadian Bill of Rights*.

In my view, the result of the failure of the police officer who demanded the breath sample to make that allowance vitiated the conviction in this case. This follows not on any theory that violation of the *Canadian Bill of Rights* carried this consequence in every criminal case, but because the violation in this case was the very basis upon which the accused was charged with an offence under s. 223(2). In short, the refusal of the accused to give the breath sample until he had an opportunity to consult a lawyer, a position that he was entitled to take on the facts herein and on the application of s. 2(c) (ii) of the *Canadian Bill of Rights* to those facts, was the foundation of the charge and conviction for refusing to give a breath sample when so requested.

In the *Brownridge* case it was the denial of his right to "retain and instruct counsel without delay" which caused the accused to refuse to comply with the demand to provide a sample of his breath for analysis, whereas in the present case the appellant complied with the demand, albeit reluctantly, and there is no causal connection between the denial of the right to counsel and the obtaining of the certificate of the breathalyzer test which led to his conviction.

In my opinion the excerpts from the evidence which I have reproduced above clearly indicate that the initial demand to provide a sample of the breath for analysis was legally made by the constable on the highway in accordance with s.

Comme M. le Juge Laskin (alors juge puîné) le dit dans cet arrêt, à la p. 954:

Il ne s'agit pas ici d'un cas où la transgression de la *Déclaration canadienne des droits* rend inopérante une disposition législative fédérale. La disposition législative fédérale en jeu dans l'affaire *Regina c. Drybones* ne pouvait absolument pas s'appliquer étant donné la *Déclaration canadienne des droits*. La présente affaire n'a pas un caractère aussi simple; les faits qui y sont en jeu montrent que l'art. 223 peut s'appliquer tout en respectant la *Déclaration canadienne des droits*. Par conséquent, il suffit qu'en invoquant ou en exerçant les pouvoirs conférés à l'art. 223, on permette l'exercice du droit prépondérant accordé à l'art. 2(c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*.

A mon avis, le fait que l'agent de police qui a sommé l'accusé de fournir un échantillon d'haleine n'a pas permis l'exercice de ce droit a pour effet de vicier la déclaration de culpabilité en l'espèce. C'est là un résultat qui découle non pas de quelque théorie que la violation de la *Déclaration canadienne des droits* emporte cette conséquence dans chaque affaire criminelle, mais du fait qu'en l'espèce, la violation constitue la raison même pour laquelle l'accusé a été inculpé de l'infraction prévue à l'art. 223(2). Bref, le refus de l'accusé de fournir un échantillon d'haleine jusqu'à ce qu'il ait la possibilité de consulter un avocat, position qu'il pouvait légitimement prendre eu égard aux faits de la présente cause et eu égard à l'application à ces faits de l'art. 2(c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*, constitue le fondement de l'accusation portée pour refus de fournir un échantillon d'haleine lorsqu'on le lui a demandé et de la déclaration de culpabilité prononcée à cet égard.

Dans l'affaire *Brownridge* c'est parce qu'on lui avait dénié le droit «de retenir et constituer un avocat sans délai» que l'accusé avait refusé de fournir un échantillon de son haleine en vue d'une analyse, alors que dans l'espèce présente l'appelant a obéi, quoique de mauvaise grâce, à la sommation et il n'y a pas de lien causal entre la négation du droit à un avocat et l'obtention du certificat de test d'ivressomètre qui a entraîné sa condamnation.

A mon avis, les extraits ci-dessus reproduits tirés des témoignages indiquent clairement que la sommation originale faite par le policier sur la route, de fournir un échantillon d'haleine en vue d'une analyse, a été faite légalement et

235(1) at a time when the appellant was neither "arrested" nor "detained" and he appears to me to have complied with that demand without hesitation at least to the extent of agreeing "to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample to be taken." There was no request for counsel at this stage, and it was only after he had reached the police station and was sitting waiting for the test that he heard the voice of the lawyer whom he had retained through the agency of his girlfriend and requested to see him in order to find out whether he had to take the test or not. It was then that Constable MacDonald told him that he "didn't have any right to see anyone until after the test and if I refused the test I would be charged with refusal of the breathalyzer". The appellant then took the test.

I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by the present Chief Justice and I agree with him that the fact that the appellant could have refused the breathalyzer test unless he first consulted counsel does not mean that the breath test evidence was procured by illegal means or trickery and I agree with him also that the common law rule of admissibility of illegally or improperly obtained evidence rests primarily on the relevancy of that evidence subject only to the discretion of the trial judge to exclude it on the ground of unfairness as that word was interpreted in this Court in *The Queen v. Wray*³.

The result of the breathalyzer test in the present case was not only relevant, it was in fact of itself the only evidence upon which the appellant could have been convicted of the offence of which he was charged and it therefore constitutes proof of "the main issue before the court". Even if this evidence had been improperly or illegally obtained, there were therefore no grounds for excluding it at common law. In the case of an accused who the

conformément aux exigences du par. (1) de l'art. 235, à un moment où l'appelant n'était ni «arrêté» ni «détenu», et il me semble qu'il ait obéi à cette sommation sans trop d'hésitation, au moins au point d'accepter «de suivre l'agent de la paix afin de permettre le prélèvement d'un tel échantillon». Aucune demande pour un avocat n'a été faite alors et c'est seulement après être arrivé au poste de police, pendant qu'il attendait de subir le test, qu'il a entendu la voix de l'avocat dont il avait retenu les services par l'intermédiaire de son amie, et qu'il a demandé à le voir afin de savoir s'il était obligé ou non de se soumettre au test. C'est alors que le constable MacDonald lui a dit que «je n'avais aucun droit de voir quelqu'un avant que le test soit complété et que si je refusais de me soumettre au test, je serais inculpé de refus». L'appelant s'est alors soumis au test.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement prêts à être déposés du Juge en chef actuel et je suis d'accord avec lui que le fait que l'appelant aurait pu refuser de se soumettre au test de l'ivressomètre à moins d'être admis à consulter d'abord un avocat, ne signifie pas que la preuve du test de l'haleine a été obtenue par des moyens illégaux ou par supercherie, et je suis également d'accord avec lui que la règle de la *Common Law* qui admet la recevabilité d'une preuve obtenue illégalement ou irrégulièrement repose avant tout sur la pertinence de cette preuve sous réserve seulement du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de l'écarter pour le motif que l'accepter serait inéquitable au sens que cette Cour a donné à ce mot dans l'arrêt *La Reine c. Wray*³.

Le résultat du test de l'ivressomètre, en l'espèce présente, n'était pas seulement pertinent, il constituait en fait le seul élément de preuve qui pouvait permettre la condamnation de l'appelant pour l'infraction dont il était inculpé et par conséquent, il constitue la preuve de [TRADUCTION] «la principale question en litige devant la cour». Même si cette preuve avait été obtenue irrégulièrement ou illégalement, il n'y avait pas, par conséquent, selon les règles de la «*Common*

³ [1971] S.C.R. 272.

³[1971] R.C.S. 272.

police considered to be intoxicated before the test was taken and who himself agreed that he could have had "a good pint of rum", it can hardly be characterized as unfair to accept evidence in proof of the exact quantity of alcohol that he had absorbed into his blood stream. Apart from the result of the test constituting proof of an offence under s. 236, it also afforded confirmation of the diagnosis made by the police officer and served to corroborate the appellant's own estimate of the amount of rum which he had consumed.

As the technician's certificate was both relevant and cogent it was, in my opinion, clearly admissible at common law and the courts at first instance and on appeal were correct in accepting it in accordance with the rules of evidence governing the trial of criminal cases as they presently exist in this country.

Laskin C.J., however, characterizes the *Canadian Bill of Rights* as a "quasi constitutional instrument" by which I take him to mean that its provisions are to be construed and applied as if they were constitutional provisions, and in so doing he would adopt as a matter of policy for Canada, apart from and at variance with the common law position, the rule of absolute exclusion of all evidence obtained under circumstances where one of the provisions of the *Canadian Bill of Rights* has been violated. This approach stems from an acceptance of the reasoning of the Supreme Court of the United States in such cases as *Mapp v. Ohio*⁴, where that rule was accepted in relation to evidence obtained after the violation of a right guaranteed by the American Constitution. These American cases, however, turn on the interpretation of a Constitution basically different from our own and particularly on the effect to be given to the "due process of law" provision of the 14th Amendment of that Constitution for which I am unable to find any counterpart in the *British*

Law», de motifs de l'écarter. Dans le cas d'un accusé que les policiers ont jugé être en état d'ébriété avant qu'il ne soit soumis au test et qui a lui-même reconnu qu'il pouvait avoir bu «une bonne chopine de rhum», on peut difficilement considérer inéquitable l'acceptation d'une preuve déterminant la quantité exacte d'alcool que son système sanguin avait absorbée. Le résultat du test, en plus de constituer la preuve d'une infraction en vertu de l'art. 236, apportait également une confirmation au diagnostic fait par l'agent de police et corroborait l'estimation qu'avait faite l'appelant lui-même de la quantité de rhum qu'il avait bue.

Le certificat du technicien étant à la fois pertinent et probant, il était, à mon avis, clairement recevable selon la *Common Law* et c'est à bon droit que les tribunaux de première instance et d'appel l'ont accepté conformément aux règles de preuve régissant l'instruction des causes criminelles, telles qu'elles existent actuellement en ce pays.

Cependant, M. le juge en chef Laskin donne à la *Déclaration canadienne des droits* le caractère d'un «document quasi constitutionnel», voulant signifier par là, de la façon dont je l'interprète, que ses dispositions doivent être interprétées et appliquées comme si elles étaient des dispositions constitutionnelles, et ce faisant il adopterait comme ligne de conduite pour le Canada, indépendamment de la position de la «*Common Law*» et par dérogation à elle, la règle de l'exclusion absolue de toute preuve obtenue dans les circonstances où l'une des dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* a été enfreinte. Cette approche part d'une acceptation du raisonnement suivi par la Cour suprême des États-Unis dans des arrêts tels que *Mapp v. Ohio*⁴, où cette règle a été retenue à l'égard d'une preuve obtenue à la suite d'une violation d'un droit garanti par la Constitution américaine. Ces arrêts américains, cependant, reposent sur l'interprétation d'une constitution essentiellement différente de la nôtre et particulièrement sur la portée à donner à la disposition

⁴ (1961), 367 U.S. 643.

⁴ (1961), 367 U.S. 643.

North America Act, which is the source of the legislative authority of the Parliament of Canada and is characterized in the *British North America Act* (No. 2) 1949 (13 Geo. VI Ch. 81) as "the Constitution of Canada".

The case of *The Queen v. Drybones*,⁵ is authority for the proposition that any law of Canada which abrogates, abridges or infringes any of the rights guaranteed by the *Canadian Bill of Rights* should be declared inoperative and to this extent it accorded a degree of paramountcy to the provisions of that statute, but whatever view may be taken of the constitutional impact of the *Bill of Rights*, and with all respect for those who may have a different opinion, I cannot agree that, wherever there has been a breach of one of the provisions of that Bill, it justifies the adoption of the rule of "absolute exclusion" on the American model which is in derogation of the common law rule long accepted in this country.

I am, on the other hand, in agreement with the reasoning expressed by Lord Hodson in *King v. The Queen*⁶, where the Privy Council had to consider the effect of the search and seizure provisions of the Jamaican Constitution on the judge's discretion respecting the exclusion of evidence obtained pursuant to such a search and seizure.

The provisions of the Jamaica (Constitution) Order in Council, 1962, Schedule 2, section 19 read as follows:

(1) Except with his own consent, no person shall be subjected to the search of his person or his property or the entry by others on his premises.

(2) Nothing contained in or done under the authority of any law shall be held to be inconsistent with or

relative au «*due process of law*», énoncée dans le 14^e amendement à la constitution, disposition dont je n'ai pu trouver d'équivalent dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, lequel est la source de l'autorité législative du Parlement du Canada et est dépeint, par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (No. 2) 1949 (13 Geo. VI c. 81), comme étant «la constitution du Canada».

L'arrêt *La Reine c. Drybones*⁵, sert d'autorité à la proposition que toute loi du Canada qui supprime, restreint ou enfreint un des droits garantis par la *Déclaration canadienne des droits* doit être déclarée inopérante et dans cette mesure il a accordé une certaine prépondérance aux dispositions de cette loi-là, mais quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir de la portée constitutionnelle de la *Déclaration des droits*, et avec tout le respect pour ceux qui pensent différemment, je ne puis souscrire à l'avis que, chaque fois qu'il y a eu une violation des dispositions de cette *Déclaration*, elle justifie l'adoption de la règle de «l'exclusion absolue» qui a cours aux États-Unis et qui déroge à la règle de *common law* acceptée depuis longtemps en notre pays.

Je suis, d'autre part, d'accord avec le raisonnement exprimé par Lord Hodson dans l'arrêt *King v. the Queen*⁶, où le Conseil privé a eu à étudier l'effet qu'ont les dispositions de la constitution jamaïque relatives à la perquisition et à la saisie sur le pouvoir discrétionnaire des juges à l'égard de l'exclusion d'une preuve obtenue par perquisition et saisie.

L'article 19 de l'Annexe 2 du décret constitutionnel relatif à la Jamaïque, 1962, se lit comme suit:

[TRADUCTION] (1) A moins qu'il n'y consente nul ne peut être assujéti à une fouille sur sa personne ou à une perquisition, ou à l'intrusion de tiers sur sa propriété.

(2) Rien qui est contenu dans une loi ou fait en vertu d'une loi ne sera considéré comme s'opposant

⁵ [1970] S.C.R. 282.

⁶ [1969] 1 A.C. 304.

⁵ [1970] R.C.S. 282.

⁶ [1969] 1 A.C. 304.

in contravention of this section to the extent that the law in question make provision which is reasonably required . . . for the purpose of preventing or detecting crime . . .

In the *King* case the appellant had been found to be in possession of dangerous drugs after a search and seizure contrary to the provisions of the Constitution, but in concluding that the trial judge had acted properly in failing to exclude this evidence, Lord Hodson said:

This constitutional right may or may not be enshrined in a written constitution, but it seems to their Lordships that it matters not whether it depends on such enshrinement or simply upon the common law as it would do in this country. In either event the discretion of the court must be exercised and has not been taken away by the declaration of the right in written form.

It follows from all the above that I am of opinion that the evidence of the result of the breathalyzer test in the present case was properly admitted in evidence and I would accordingly dismiss this appeal.

PIGEON J.—I agree with Ritchie J. that this appeal should be dismissed on the basis that, even if the *Canadian Bill of Rights* is given the same effect as a constitutional instrument, this does not mean that a rule of absolute exclusion, which is in derogation of the common law rule, should govern the admissibility of evidence obtained wherever there has been a breach of one of the provisions contained in that *Bill*.

SPENCE J. (*dissenting*)—I have had the opportunity to read the reasons for judgment written by my brother Laskin. I agree with his conclusion and with the reasons for that conclusion. I am also of the opinion that the appeal could also be allowed upon the basis that the word “demand” in s. 237(1)(c) and (f) of the *Criminal Code* must be interpreted to mean a lawful demand and that a demand which was made in open defiance of the provisions of the *Bill of Rights* could not be a lawful demand. Therefore, the certificate of the result of the test obtained

ou dérogeant au présent article, dans la mesure où la loi prévoit des mesures qui s'imposent raisonnablement . . . aux fins de la prévention ou de la détection du crime . . .

Dans l'affaire *King*, l'appelant avait été trouvé en possession de drogues d'une nature dangereuse après une perquisition et une saisie effectuées contrairement aux dispositions de la constitution, mais en concluant que le juge de première instance avait eu raison de ne pas exclure cette preuve, Lord Hodson a dit:

[TRADUCTION] Ce droit constitutionnel peut être consacré dans une constitution écrite ou peut ne pas l'être, mais il semble à leurs Seigneuries qu'il n'importe point qu'il dépende d'une semblable consécration ou simplement de la «*Common Law*» comme ce serait le cas en notre pays. Dans un cas comme dans l'autre, le pouvoir discrétionnaire du tribunal doit être exercé et n'a pas été retiré par la déclaration écrite du droit.

Il s'ensuit de tout ce qui précède que je suis d'avis que la preuve du résultat du test de l'ivressomètre a été, en l'espèce, admise en preuve à bon droit, et par conséquent je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

LE JUGE PIGEON—Je suis d'accord avec M. le juge Ritchie que ce pourvoi doit être rejeté pour le motif que, même si l'on donne à la *Déclaration canadienne des droits* l'effet d'un document constitutionnel, cela ne signifie pas que, contrairement à la règle de la *Common law*, une preuve obtenue en violation d'une disposition de cette *Déclaration* doit être considérée absolument irrecevable.

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge en chef Laskin. Je souscris à sa conclusion ainsi qu'aux raisons qui la motivent. Je suis aussi d'avis que le pourvoi pourrait être accueilli suivant le principe que le mot «sommation» aux al. c) et f) du par. (1) de l'art. 237 du *Code criminel* doit être interprété comme désignant une sommation légale et qu'une sommation qui est faite au mépris flagrant des dispositions de la *Déclaration des Droits* ne pourrait constituer une sommation légale. Par

after such unlawful demand is not one made admissible by the provisions of s. 237.

I, therefore, would allow the appeal.

LASKIN J. (*dissenting*)—The issue in this appeal may be formulated as follows. What is the effect of a denial by a police officer of a right to counsel under s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*, 1960 (Can.), c. 44 upon the admissibility of subsequently obtained breathalyzer evidence by which the appellant accused may be convicted of an offence under *Criminal Code* s. 236? Under s. 2(c)(ii), no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive a person, who has been arrested or detained, of the right to retain and instruct counsel without delay. The offence under s. 236 is driving or having care or control of a motor vehicle while having a reading of alcohol in the blood exceeding 0.08.

In *Brownridge v. The Queen*⁷, this Court decided that an arrested person who refused to submit to a breath test when he was denied an opportunity to consult counsel before taking the test could not be found guilty of an offence under what is now *Criminal Code* s. 235(2). That provision, so far as material, makes it an offence for a person without reasonable excuse to fail or refuse to comply with a demand by a peace officer under s. 235(1) to take a breath test. The case now in appeal to this Court involves an accused who, similarly, was denied an opportunity to consult counsel before submitting to a demand that he take a breath test but who, unlike Brownridge, did not continue to insist that he must first consult his counsel. He yielded to the demand and took the test. His conviction under s. 236 was founded upon the evidence of the breathalyzer technician obtained

conséquent, le certificat du résultat de test d'haleine obtenu après semblable sommation illégale n'est pas un certificat que les dispositions de l'art. 237 rendent recevable.

J'accueillerais, par conséquent, le pourvoi.

LE JUGE LASKIN (*dissident*)—La question en litige dans ce pourvoi peut s'énoncer de la façon suivante. Quel est l'effet du refus d'un agent de police de permettre l'exercice du droit de consulter un avocat prévu au sous-al. (ii) de l'al. c) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, 1960 (Can.), c. 44, sur la recevabilité de la preuve obtenue par la suite au moyen du test de l'ivressomètre, preuve qui peut amener la condamnation de l'appelant inculpé d'une infraction visée par l'art. 236 du *Code criminel*? En vertu du sous-al. (ii) de l'al. c) de l'art. 2, aucune loi du Canada ne doit s'interpréter ou s'appliquer de manière à priver une personne arrêtée ou détenue du droit de retenir et constituer un avocat sans délai. L'infraction visée par l'art. 236 est de conduire un véhicule à moteur ou en avoir la garde ou le contrôle pendant qu'on a dans le sang une quantité d'alcool dépassant 0.08.

Dans l'arrêt *Brownridge c. La Reine*⁷, cette Cour a décidé qu'une personne en état d'arrestation qui refusait de se soumettre au test de l'haleine, alors qu'on lui avait refusé la possibilité de consulter un avocat avant de se soumettre au test, ne pouvait pas être trouvée coupable d'une infraction visée par ce qui est maintenant le par. (2) de l'art. 235 du *Code criminel*. Cette disposition, dans la mesure où elle est pertinente, rend coupable d'une infraction une personne qui, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refuse d'obtempérer à une sommation de se soumettre au test de l'ivressomètre qui lui est faite par un agent de la paix aux termes du par. (1) de l'art. 235. Le pourvoi maintenant devant cette Cour implique un prévenu qui, de façon similaire, s'est vu refuser la possibilité de consulter un avocat avant qu'il ne consente à une sommation de se soumettre au test de l'haleine,

⁷ [1972] S.C.R. 926.

⁷ [1972] R.C.S. 926.

in accordance with *Criminal Code* s. 237. It was conceded that without this evidence, obtained following denial of the accused's request to see his counsel (who was then in the police station to attend upon the accused), the conviction cannot stand.

It is common both to *Brownridge* and to the present case that access to counsel was not for the purpose nor would it have had the effect of delaying the taking of the breath sample beyond the two hour period specified in s. 237(1)(c)(ii). In this case, the accused was confronted by a police officer at about 1.35 a.m. and then asked to go to the police station, and they arrived there at 1.55 a.m., whereupon steps were taken to administer a breath test. The accused had asked his female companion to get in touch with his lawyer, and the latter had come immediately to the police station and the accused heard his voice in an adjoining room. The record is clear that he asked to see and consult with the lawyer but was categorically refused an opportunity to do so. The demand that he submit to a breath test was renewed and the accused submitted to it.

It is not disputed that the peace officer who conducted the accused to the police station had at the time reasonable and probable cause, within s. 235(1), to make the demand that the accused take a breath test and accompany the peace officer for that purpose. There is no doubt, therefore, that the accused was "detained" within the meaning of s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*; he risked prosecution under s. 235(2) if, without reasonable excuse, he refused the demand which involved accompanying the peace officer to fulfil it.

mais qui, contrairement à *Brownridge*, n'a pas persisté dans sa demande qu'il devait d'abord consulter son avocat. Il s'est rendu à la sommation et il s'est soumis au test. Sa condamnation en vertu de l'art. 236 est basée sur la preuve obtenue conformément à l'art. 237 du *Code criminel* par le technicien de l'ivressomètre. Il a été reconnu que sans cette preuve, obtenue à la suite du refus d'accéder à la demande de l'accusé de voir son avocat (qui était alors au poste de police pour lui fournir ses services), la déclaration de culpabilité ne peut être maintenue.

C'est un trait commun de l'affaire *Brownridge* et de la présente espèce que la consultation d'un avocat n'avait pas pour but et n'aurait pas eu pour conséquence de retarder le prélèvement de l'échantillon de l'haleine au-delà de la période de deux heures mentionnée au sous-al. (ii) de l'al. c) du par. (1) de l'art. 237. En l'espèce présente, l'accusé a été interpellé par un agent de la paix à environ 1 h 35 du matin et celui-ci lui a demandé de l'accompagner à la station de police où ils sont arrivés à 1 h 55. On s'employa alors à faire le nécessaire pour qu'il puisse subir le test de l'ivressomètre. L'accusé ayant demandé à son amie de communiquer avec son avocat, et ce dernier s'étant immédiatement rendu au poste de police, l'accusé a entendu la voix de son avocat provenant d'une pièce adjacente. Le dossier indique clairement qu'il a demandé à voir l'avocat mais qu'on lui a catégoriquement refusé la possibilité de le faire. La sommation de se soumettre au test de l'haleine a été renouvelée et l'accusé s'y est conformé.

Il n'est pas contesté que l'agent de la paix qui a conduit l'accusé au poste de police avait alors des motifs raisonnables et probables, conformément au par. (1) de l'art. 235, de faire à l'accusé la sommation de se soumettre au test de l'ivressomètre et de lui demander de l'accompagner à cette fin. Il n'y a pas de doute, par conséquent, que l'accusé était «détenu» au sens du sous-al. (ii) de l'al. c) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*; il était passible de poursuites en vertu du par. (2) de l'art. 235 si, sans excuse raisonnable, il refusait d'obtempérer à la sommation, qui impliquait l'obligation d'accompagner l'agent de la paix pour s'y soumettre.

Counsel for the appellant urged that the demand must be a lawful one, and contended that it could not be when it was supported by an unlawful denial of right to counsel. In my opinion, what is involved in this submission, if it is not to be treated as an effort to invalidate retroactively a demand that was properly made in the first place, is an allegation that the demand, being a continuing one to the time when the breathalyzer test is given, may justifiably be resisted at the point where the right to consult counsel is denied before the test is taken. This, however, is the *Brownridge* case, and turns on whether a charge under s. 235(2) will succeed. In the present case, the issue goes a little deeper, and the question is not the lawfulness of a resistance to the continuing demand but whether, failing resistance, an accused, who has wrongfully been denied counsel before taking the test, may successfully contest the admissibility of the breathalyzer evidence which, taken under the special provisions for its use prescribed by s. 237, is tendered in support of a charge under s. 236.

In my opinion, the accused appellant is entitled to succeed in this contention. I do not find it necessary to gloss the word "demand" in s. 237(1)(c) and (f) to mean "lawful demand", consonant with the *Canadian Bill of Rights*, in order to qualify the breathalyzer evidence as receivable, with all the statutory advantages for its reception provided by s. 237. Strictly speaking, if the demand is made in conformity with s. 235(1) this satisfies s. 237(1)(c) and (f). The more relevant consideration is the relationship between the *Canadian Bill of Rights* and the resort to special statutory methods of proof where there is previous denial to an accused of a related guarantee of the *Canadian Bill of Rights*. In this connection, I point out that there

L'avocat de l'appelant a fait valoir que la sommation doit être légale et il a prétendu qu'elle ne pouvait l'être lorsqu'elle s'accompagne d'un refus illégal du droit de consulter un avocat. A mon avis, cette prétention, si elle ne doit pas être considérée comme une tentative de rendre rétroactivement non valide une sommation qui avait été régulièrement faite en premier lieu, est une allégation que la sommation, se continuant jusqu'au moment où le test de l'ivressomètre est donné, peut, avec justification, faire l'objet d'une résistance au moment où le droit de consulter un avocat avant de se soumettre au test est refusé. C'est cependant ce que nous retrouvons dans l'affaire *Brownridge*, et pour y répondre toute la question est de savoir si une inculpation en vertu du par. (2) de l'art. 235 serait maintenue. En l'espèce, la question en litige va un peu plus loin et il ne s'agit pas de statuer sur la légalité d'une résistance à une sommation continue, mais de décider si un accusé qui n'a pas résisté et à qui on avait à tort refusé le droit de consulter un avocat avant de subir le test, peut contester avec succès la recevabilité de la preuve par ivressomètre qui, prise sous le régime des dispositions particulières quant à son utilisation qui sont prescrites par l'art. 237, est présentée à l'appui d'une inculpation visée par l'art. 236.

A mon avis, l'accusé appelant a le droit d'avoir gain de cause dans cette prétention. Je ne considère pas qu'il soit nécessaire d'épiloguer à savoir si le mot «sommation» des al. c) et f) du par. (1) de l'art. 237 a le sens de «sommation légale», en harmonie avec la *Déclaration canadienne des droits*, pour qualifier la preuve par ivressomètre de recevable, avec tous les avantages que confère la loi à l'art. 237 pour sa réception. Strictement parlant, si une sommation est faite conformément au par. (1) de l'art. 235, cela satisfait aux exigences des al. c) et f) du par. (1) de l'art. 237. Ce qui importe davantage c'est la relation entre la *Déclaration canadienne des droits* et le recours à des méthodes de preuve spéciales prévues par la loi lorsqu'il y

was in the present case no incompatibility between recognition of the particular guarantee of access to counsel and resort to the special mode of proof; and it was clearly the right of the accused to have access to counsel before the authorities proceeded to administer the breathalyzer test.

The question that arises, therefore, is whether the vindication of this right should depend only on the fortitude or resoluteness of an accused so as to give rise to a *Brownridge* situation, or whether there is not also an available sanction of a ruling of inadmissibility where the police authorities are able to overcome an accused's resistance to a breathalyzer test without prior access to counsel. Nothing short of this would give reasonable assurance of respect of an individual's right to counsel by police authorities whose duty to enforce the law goes hand in hand with a duty to obey it.

There is no suggestion here of any physical force in the ultimate submission of the accused without having had his right to counsel recognized, but I do not think that any distinction should be drawn in the establishment of principle according to whether an accused yields through fear or a feeling of helplessness or as a result of polite or firm importuning or aggressive badgering. I should note also that there was no contention of waiver by the accused of his right to counsel, assuming that would be an answer to an alleged breach of any of his rights as an individual under the *Canadian Bill of Rights*.

The present case does not involve this Court in any reassessment of the principles underlying the admissibility of illegally obtained evidence as they developed at common law. We have a statutory policy to administer, one which this Court has properly recognized as giving primacy to the guarantees of the *Canadian Bill of Rights* by way of a positive suppressive effect upon the

a eu antérieurement déni à l'accusé d'un droit reconnu par la *Déclaration canadienne des droits*. A ce sujet, je fais remarquer qu'il n'y avait pas, en l'espèce, d'incompatibilité entre la reconnaissance de la garantie spécifique du droit de consulter un avocat et le recours à la méthode particulière de preuve; et l'accusé était clairement en droit de consulter un avocat avant que les autorités policières ne lui fassent subir le test de l'ivressomètre.

La question qui se pose, par conséquent, est la suivante: pour que ce droit triomphe, faut-il s'en remettre à la seule force de caractère ou fermeté d'un accusé de sorte que la situation soit celle de l'affaire *Brownridge*, ou n'y a-t-il pas aussi une sanction disponible, savoir, conclure à l'irrecevabilité de la preuve lorsque les autorités policières réussissent à vaincre la résistance que l'accusé oppose en disant qu'il veut consulter d'abord un avocat. Rien de moins ne saurait suffisamment garantir le respect du droit de l'individu à l'avocat par les autorités policières dont l'obligation d'appliquer la loi va de pair avec celle d'y obéir.

Rien n'indique qu'il y ait eu violence physique en l'espèce avant que l'accusé ne se soumette finalement au test sans avoir pu faire reconnaître son droit de consulter un avocat, mais je ne pense pas qu'il y ait une distinction à faire dans les principes selon qu'un accusé se soumet par peur ou par sentiment d'impuissance, ou par suite de pressions polies ou fermes ou de harcèlement agressif. Je devrais aussi faire remarquer qu'on n'a pas prétendu que l'accusé avait renoncé à son droit de consulter un avocat, dans l'hypothèse que cela soit une réponse à une violation alléguée de l'un de ses droits individuels en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*.

Cette affaire n'impose pas à cette Cour de réévaluer les principes à la base de la recevabilité d'une preuve obtenue illégalement, tels qu'ils se sont développés dans la «*Common Law*». Nous avons une politique statutaire à appliquer, reconnue à juste titre par cette Cour comme donnant la primauté aux garanties de la *Déclaration canadienne des droits* par voie d'ef-

operation and application of federal legislation: see *The Queen v. Drybones*⁸. The result may be, as in *Drybones*, to render federal legislation inoperative or, as in *Brownridge*, federal legislation may become inapplicable in the particular situation while otherwise remaining operative. The sanction in the present case would be to preclude use against a person of a special form of proof when it is obtained following a deliberate violation of a right of that person under the *Canadian Bill of Rights*. If, as the Bill enjoins, s. 237 of the *Criminal Code* is not to be applied so as to deprive a detained person of access to counsel, I do not see how its provisions can be utilized against a detained person in any case where that person's right of access to counsel has been denied in the course of that utilization. Moreover, it cannot matter that resort to s. 237 is the only way in which proof can be made of the main element of the offence defined in s. 236.

Counsel for the Crown in this appeal put forward the decision of the Nova Scotia Supreme Court, sitting *en banc*, in *Regina v. Steeves*⁹, and the decision of this Court in *O'Connor v. The Queen*¹⁰, in support of the conviction of the appellant. Both of these cases antedated *Drybones*. In *Steeves*, the accused had gone with his counsel to a police station to make out a motor vehicle accident report and, when questioned by the police after proper warning, he was advised by counsel not to answer certain questions. Thereupon he was arrested for failing to stop at the scene of an accident and taken for interrogation out of the presence of his counsel, who was refused permission to accompany him and later was refused permission to see him. During his interrogation the accused divulged the name of a person who was apparently called

fet de suppression positif sur le fonctionnement et l'application de la législation fédérale: voir *La Reine c. Drybones*⁸. Le résultat peut être, comme dans *Drybones*, de rendre inopérante une loi fédérale ou, comme dans *Brownridge*, qu'une loi fédérale ne s'applique pas dans un cas donné, bien qu'elle demeure par ailleurs en vigueur. La sanction en l'espèce présente serait d'empêcher l'utilisation contre une personne d'un certain genre de preuve lorsque cette preuve est obtenue à la suite d'une violation délibérée d'un droit reconnu à la personne par la *Déclaration canadienne des droits*. Si, comme la Déclaration l'ordonne, l'art. 237 du *Code criminel* ne doit pas s'appliquer de façon à priver de l'accès à un avocat une personne détenue, je ne vois pas comment ses dispositions peuvent être utilisées à l'encontre d'une personne détenue lorsque ce droit de consulter un avocat a été refusé à cette personne au cours même de cette utilisation. De plus, il n'est pas pertinent que le recours à l'art. 237 soit la seule façon dont on puisse faire la preuve de l'élément principal de l'infraction définie à l'art. 236.

A l'appui du maintien de la condamnation de l'appelant, l'avocat du ministère public en ce pourvoi a invoqué la décision qu'a rendue la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, siégeant en banc plénier, dans l'arrêt *Regina v. Steeves*⁹, et la décision de cette Cour dans l'arrêt *O'Connor c. La Reine*¹⁰. Ces deux arrêts sont antérieurs à l'arrêt *Drybones*. Dans *Steeves*, l'accusé s'est rendu avec son avocat au poste de police afin de déclarer un accident d'automobile et, lorsque la police l'a interrogé après l'avoir dûment mis en garde, son avocat lui a conseillé de ne pas répondre à certaines questions. Sur quoi il a été mis en état d'arrestation pour délit de fuite et amené pour interrogatoire hors de la présence de son avocat, à qui on a refusé la permission de l'accompagner et à qui on a plus tard refusé la permission de le voir. Durant

⁸ [1970] S.C.R. 282.

⁹ [1964] 1 C.C.C. 266.

¹⁰ [1966] S.C.R. 619.

⁸ [1970] R.C.S. 282.

⁹ [1964] 1 C.C.C. 266.

¹⁰ [1966] R.C.S. 619.

as a Crown witness. The magistrate who tried the case found that the accused had been denied access to counsel following his arrest, in violation of the *Canadian Bill of Rights*; and although the Crown's evidence on the charge had been heard the magistrate dismissed it on the ground that because of the denial of access to counsel he had been denied a fair trial. On appeal by way of case stated, it was held that the magistrate was wrong in dismissing the charge when he found a violation of the *Canadian Bill of Rights*, and the case was remitted to the magistrate for adjudication on the merits on the evidence adduced before him. Whether the result in *Steeves* turned on the fact that the denial of access to counsel in respect of the pre-trial interrogation had no bearing on the fairness of the succeeding trial (as Ilsley C.J. said, speaking for the majority), or did not involve a denial of a fair hearing under s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* (as Coffin J., concurring, said), it is not in point or persuasive for the present case. In the perspective of the present case, and in the light of *Drybones*, the proper result in *Steeves* would be not to dismiss the charge against the accused but to require the Crown to support the charge against him without the benefit of the testimony obtained by denying to the accused his right of access to counsel.

In *Steeves*, Coffin J. also made the point that the accused was not a compellable witness at the pre-trial interrogation. If any analogy is to be drawn to the present case, the fact is that the accused here was under compulsion to provide a breath sample unless he had a reasonable excuse for refusing to submit. If the analogy be pursued, it would seem to follow that because of the compellability, the denial of access to

l'interrogatoire, l'accusé a divulgué le nom d'une personne qui apparemment fut appelée à témoigner pour le ministère public. Le magistrat qui présida le procès tira la conclusion qu'on avait dénié à l'accusé l'accès à un avocat à la suite de son arrestation, contrairement aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*; et bien que le ministère public eût terminé la présentation de sa preuve, le magistrat rejeta l'accusation pour le motif qu'en raison du refus de permettre à l'accusé de consulter un avocat, l'accusé n'avait pas eu le bénéfice d'une audition équitable. Sur appel interjeté par exposé de la cause, on décida que le magistrat avait commis une erreur lorsqu'il avait rejeté l'accusation après avoir conclu qu'il y avait eu une violation de la *Déclaration canadienne des droits*, et le dossier fut renvoyé au magistrat pour que celui-ci statue sur le fond d'après la preuve faite devant lui. Que la décision dans *Steeves* ait reposé sur le fait que le refus de permettre de consulter un avocat, lors de l'interrogatoire mené avant le procès, n'a eu aucun rapport avec l'équité du procès subséquent (comme l'a dit le juge en chef Ilsley, parlant au nom de la majorité), ou n'a pas comporté de violation du droit à une audition équitable sous le régime de l'al. e) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* (comme l'a dit le juge Coffin, qui a souscrit à l'avis de la majorité), elle n'est pas applicable et n'est pas persuasive en l'espèce. Dans le contexte du cas présent et à la lumière de l'arrêt *Drybones*, la décision appropriée dans *Steeves* aurait été, non pas de rejeter l'inculpation, mais d'exiger que la Couronne fasse la preuve de l'infraction sans le bénéfice du témoignage qu'on avait obtenu par suite du déni du droit de l'accusé de consulter un avocat.

Dans *Steeves*, le juge Coffin a également fait remarquer que l'accusé n'était pas un témoin contraignable à l'interrogatoire qui avait précédé le procès. Si on doit voir quelque analogie avec la présente espèce, le fait est qu'ici l'accusé était forcé de fournir un échantillon de son haleine à moins qu'il n'eût une excuse raisonnable pour refuser. Si on poursuit l'analogie, il semble qu'on doive déduire que vu que l'accusé pouvait

counsel should result in exclusion of the evidence obtained following that denial.

O'Connor v. The Queen, although having some similarity to the present case differs in at least two significant ways, in addition to being a pre-*Drybones* decision. The accused *O'Connor* was charged with and convicted of impaired driving. He had submitted to two breathalyzer tests before he knew he was under arrest and before he was told he was going to be charged. After taking the tests he asked to get in touch with his lawyer and was allowed to make a telephone call which proved unproductive. He was denied permission to make a second call. Ritchie J. speaking for the Court majority noted (at p. 625 of [1966] S.C.R.) that "on the facts as stated by the learned magistrate it is not suggested that the appellant had been deprived of his rights under s. 2(c)(ii) until after he had voluntarily submitted to the two breathalyzer tests being administered to him and it is a little difficult to understand the grounds upon which Mr. Justice Haines decided that this evidence should be excluded". In the present case the denial of access to counsel occurred before any breathalyzer test was taken.

The second significant difference arises from the further observation of Ritchie J. that even if the absence of the accused's lawyer deprived him of being advised of his right to refuse to take the tests (under the law as it then stood) the breathalyzer evidence was nonetheless admissible because of the then s. 224(3) of the *Criminal Code*, making evidence of a breath test admissible notwithstanding the want of any prior warning to the accused that he need not give the sample or that the results of the analysis thereof might be adduced in evidence. Section 224(3), referred to in the *O'Connor* case, is now found in another context in s. 237(1)(b) but with the important exclusion from its provisions

être légalement contraint de fournir l'échantillon, le refus de permettre l'accès à un avocat devrait entraîner l'exclusion de la preuve obtenue à la suite de ce refus.

L'arrêt *O'Connor c. La Reine*, bien que présentant quelque similitude avec l'espèce présente, diffère de celle-ci sur au moins deux points importants, en plus d'être antérieur à l'arrêt *Drybones*. L'accusé *O'Connor* avait été inculpé et condamné pour conduite d'un véhicule pendant que sa capacité de conduire était affaiblie. Il s'était soumis à deux reprises au test de l'ivressomètre avant qu'il ne sache qu'il était en état d'arrestation et avant qu'on ne lui dise qu'il serait inculpé. Après avoir subi les tests, il avait demandé de communiquer avec son avocat et on lui avait permis de faire un appel téléphonique qui s'était avéré infructueux. On lui avait refusé la permission de téléphoner une seconde fois. M. le juge Ritchie, parlant au nom de la majorité de la Cour, nota (à la p. 625 de [1966] R.C.S.) que [TRADUCTION] «d'après les faits tels qu'exposés par le savant magistrat il n'apparaît pas que l'appelant ait été privé de ses droits sous le régime du sous-al. (ii) de l'al. c) de l'art. 2 avant qu'il ne se soit volontairement soumis à deux tests par ivressomètre et il est un peu difficile de comprendre les motifs sur lesquels le juge Haines a statué que cette preuve devrait être exclue». En la présente cause, le refus de consulter un avocat s'est produit avant qu'aucun test par ivressomètre n'ait été effectué.

L'autre différence importante découle de la remarque additionnelle du juge Ritchie déclarant que même si l'absence de l'avocat de l'accusé avait privé ce dernier de la possibilité d'être notifié de son droit de refuser de se soumettre aux tests (suivant le droit alors en vigueur) la preuve obtenue par ivressomètre était malgré tout recevable en raison du par. (3) de l'art. 224 du *Code criminel* d'alors, en vertu duquel la preuve d'un test de l'haleine était recevable sans qu'il soit nécessaire d'avertir préalablement l'accusé qu'il n'était pas tenu de donner l'échantillon ou que le résultat de l'analyse de l'échantillon pourrait être produit en preuve. Le par. (3) de l'art. 224, auquel on se

of "a sample taken pursuant to a demand made under s. 235(1)". Special provision for the taking of a sample of breath and for the admissibility of evidence of the analysis thereof is made in s. 237 (1)(c) which opens with the words "where a sample of the breath of the accused has been taken pursuant to a demand made under section 235(1)". That demand relates to reasonable and probable grounds for believing that the person of whom the demand is made has been driving while impaired. The breath sample analysis under s. 237(1)(c) is related more directly however to the offence defined in s. 236, of which the accused in this case was convicted.

Finally, as to the *O'Connor* case, it was decided on a strict view of the questions put by way of stated case, and they did not involve any issue of the admissibility or exclusion of evidence based upon the previous denial of access to counsel. Ritchie J. put the matter clearly as follows (at p. 627 of [1966] S.C.R.):

As I have indicated, I am of opinion that when Mr. Justice Haines decided that the evidence of the breathalyzer tests should be ignored, he was deciding a question of law which did not arise out of the stated case and which does not form one of the grounds upon which leave to appeal to this Court was granted.

Although it appears to me to be enough to rest my decision in this appeal on the operative view of the *Canadian Bill of Rights* taken in *Drybones*, I feel constrained to elaborate on the considerations which move me to allow this appeal. I do this because otherwise a comparison will inevitably be drawn between the policy underlying the admissibility of relevant evidence, no matter how obtained (unless it falls within the involuntary confession category) and the contrary policy which I would enforce here,

refère dans l'affaire *O'Connor*, se retrouve maintenant dans un autre contexte à l'al. b) du par. (1) de l'art. 237 mais avec l'exclusion importante de ses dispositions d'«un échantillon prélevé en conformité d'une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1)». Le prélèvement d'un échantillon d'haleine et la recevabilité en preuve de l'analyse de celui-ci sont spécialement prévus à l'al. c) du par. (1) de l'art. 237, qui débute par les mots «lorsqu'un échantillon de l'haleine du prévenu a été prélevé conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1)». Cette sommation se rattache à des motifs raisonnables et probables de croire que la personne à qui elle est adressée a conduit alors que sa capacité de le faire était affaiblie. L'analyse de l'échantillon d'haleine en vertu de l'al. c) du par. (1) de l'art. 237 se rattache plus directement cependant à l'infraction définie à l'art. 236, dont l'accusé en l'espèce a été déclaré coupable.

Enfin, pour parler de l'affaire *O'Connor*, cette affaire-là a été décidée en se fondant strictement sur les questions qui avaient été posées par voie d'exposé de cause, et ces questions ne soulevaient aucune question de recevabilité ou d'exclusion d'une preuve basée sur le refus antérieur de l'accès à un avocat. M. le juge Ritchie a exposé la situation clairement de la façon suivante (à la p. 627 de [1966] R.C.S.):

[TRADUCTION] Comme je l'ai indiqué, je suis d'avis que lorsque M. le juge Haines a décidé que la preuve des tests effectués par ivressomètre devait être écartée, il tranchait une question de droit qui ne découlait pas de l'exposé de cause et qui ne constitue pas l'un des motifs sur lesquels l'autorisation d'interjeter appel devant cette Cour a été accordée.

Bien que personnellement, il m'apparaîtrait suffisant de fonder ma décision en ce pourvoi sur la façon dont la *Déclaration canadienne des droits* a été appliquée dans l'affaire *Drybones*, je me sens dans l'obligation d'en dire plus long sur les considérations qui me poussent à accueillir le pourvoi. Je le fais, parce qu'autrement une comparaison sera inévitablement faite entre la politique sous-jacente à la recevabilité d'une preuve pertinente, de quelque façon qu'elle ait été obtenue (sauf s'il s'agit d'une preuve assimi-

and an explanation should be offered for preferring the latter. I approach my elaboration by noting that the present case does not fall easily into the class of cases where evidence is illegally obtained in the sense that illegal means or acts are the vehicles through which the impugned evidence is procured, as for example, by illegal search or seizure or by trespass or by force; nor does it fall easily within that class of cases where tricks or falsehoods are used to get evidence against an accused person. Forthright denial of access to counsel was not here a means of obtaining the breath tests, to which the accused was required to submit unless he had a reasonable excuse for refusing; and the fact that he could have refused, unless he first consulted counsel, does not mean that the breath test evidence was procured by illegal means or trickery as those terms were understood and considered in *Kuruma v. The Queen*¹¹. I need not therefore assess any of the cases in the two classes but will deal with them overall in terms of the judicial policy or policies that they exhibit.

The common law rule of admissibility of illegally or improperly obtained evidence rests simply on the relevancy of the evidence to issues on which it is adduced, without regard to the means by which it was procured (confessions or out-of-court statements by an accused aside). The rule in Canada goes back to *Regina v. Doyle*¹², where it was said, at p. 353, in respect of evidence obtained by execution of an illegal search warrant, that "the evidence is admissible so long as the fact so wrongly discovered is a fact—apart from the manner in

lable à celle d'un aveu non volontaire), et la politique contraire que j'appliquerais ici, et je dois une explication pour motiver ma préférence. J'aborde la question en faisant remarquer que la présente affaire n'entre pas dans cette catégorie de cas où la preuve a été obtenue illégalement, en ce sens que la preuve contestée ne résulte pas de gestes ou d'actes illégaux comme, par exemple, une perquisition ou une saisie illégale ou une intrusion illicite ou par l'usage de la force; on ne peut non plus la classer facilement dans cette catégorie de cas où on a usé de subterfuges ou de fraude pour obtenir une preuve contre un accusé. Le déni absolu de permettre de consulter un avocat n'a pas été ici un moyen de forcer l'accusé à se soumettre aux tests de l'haleine, ce qu'il était obligé de faire à moins qu'il n'ait une excuse raisonnable pour refuser; et le fait qu'il pouvait refuser tant qu'il n'aurait pas d'abord consulté un avocat ne signifie pas que le test de l'haleine soit une preuve obtenue par des moyens illégaux ou des subterfuges au sens dans lequel ces termes ont été compris et pris en considération dans l'arrêt *Kuruma v. The Queen*¹¹. Il ne m'est donc pas nécessaire d'évaluer des arrêts quelconques qui entrent dans ces deux catégories, je vais plutôt traiter de façon globale des arrêts qu'elles contiennent, en fonction de la politique judiciaire, ou des politiques judiciaires, qu'ils illustrent.

La règle de la *Common Law* qui admet la recevabilité d'une preuve obtenue illégalement ou irrégulièrement repose simplement sur la pertinence de cette preuve quant aux questions à l'égard desquelles elle est présentée, sans tenir compte des moyens par lesquels elle a été obtenue (sauf le cas d'aveux ou de déclarations extra-judiciaires d'un accusé). La règle au Canada remonte à l'arrêt *Regina v. Doyle*¹², où l'on a dit, à la p. 353, relativement à une preuve obtenue en exécutant un mandat de perquisition illégal, que [TRADUCTION] «la preuve est receva-

¹¹ [1955] A.C. 197.

¹² (1886), 12 O.R. 347.

¹¹ [1955] A.C. 197.

¹² (1886), 12 O.R. 347.

which it was discovered—admissible against the party.” There is no thought that the criminal should go free because the constable has blundered, (to use the words of Judge Cardozo in *People v. Defore*¹³, at p. 21), subject only to a discretion in the trial judge to exclude the evidence on the ground of unfairness. In this Court, the discretion has been very narrowly confined: see *The Queen v. Wray*¹⁴; and a recent review of Commonwealth case law carries the conclusion that “this discretion is very rarely acted on”: see *Heydon, Illegally Obtained Evidence* (1), [1973] *Crim.L.Rev.* 603, at p. 605; and see also *Heydon, Illegally Obtained Evidence* (2), [1973] *Crim.L.Rev.* 690. Illegalities or improprieties attending the eliciting or discovery of relevant evidence are, on the orthodox common law view, *res inter alios acta*. They are said to have their sanction in separate criminal or civil proceedings, of which there is little evidence, either as to recourse or effectiveness; or, perhaps, in internal disciplinary proceedings against offending constables, a matter on which there is no reliable data in this country.

The choice of policy here is to favour the social interest in the repression of crime despite the unlawful invasion of individual interests and despite the fact that the invasion is by public officers charged with law enforcement. Short of legislative direction, it might have been expected that the common law would seek to balance the competing interests by weighing the social interest in the particular case against the gravity or character of the invasion, leaving it to the discretion of the trial judge whether the balance should be struck in favour of reception or exclusion of particular evidence. I have already indicated that the discretion has been narrowed,

ble aussi longtemps que le fait découvert par des moyens si répréhensibles est un fait qui—sans considérer la façon dont il a été découvert—est recevable contre la partie.» Il n'est pas question que le criminel doive être élargi parce que le policier a commis une maladresse, (pour se servir des mots du juge Cardozo dans *People v. Defore*¹³, à la p. 21), sous réserve seulement d'une discrétion laissée au juge de première instance d'exclure la preuve pour cause d'inéquité. En cette Cour, la discrétion a été définie très étroitement: voir *La Reine c. Wray*¹⁴; et un récent sommaire du droit jurisprudentiel du Commonwealth en arrive à la conclusion que [TRADUCTION] «cette discrétion est très rarement exercée; voir *Heydon, Illegally Obtained Evidence* (1), [1973] *Crim. L. Rev.* 603, à la p. 605; et voir aussi *Heydon, Illegally Obtained Evidence* (2), [1973] *Crim. L. Rev.* 690. Les illégalités ou irrégularités qui accompagnent l'obtention ou la découverte d'une preuve pertinente sont, selon le point de vue orthodoxe de la *Common Law*, *res inter alios acta*. Elles seront réprimées, dit-on par des poursuites séparées au criminel ou au civil, une sanction dont la preuve reste en grande partie à faire, qu'il s'agisse du recours lui-même ou de son efficacité; ou, peut-être, par l'imposition de mesures disciplinaires au sein du corps policier, contre les agents en faute, un sujet sur lequel nous n'avons pas de données sûres en ce pays.

La politique choisie ici est de favoriser l'intérêt de la société dans la répression du crime malgré l'invasion illégale de droits individuels et malgré le fait que cette invasion est commise par des officiers publics responsables de l'application de la loi. Faute de directive législative, on aurait pu s'attendre que la *Common Law* tente de faire le partage entre les intérêts opposés en confrontant l'intérêt de la société dans un cas particulier et la gravité ou le caractère de l'invasion, laissant à la discrétion du juge de première instance la décision quant à savoir si, à tout prendre, il faut accorder plus de poids à la recevabilité ou à l'exclusion d'une preuve parti-

¹³ (1926), 242 N.Y. 13.

¹⁴ [1971] S.C.R. 272.

¹³ (1926), 242 N.Y. 13.

¹⁴ [1971] R.C.S. 272.

and, I would add, to an extent that underlines a wide preference for admissibility. It appears that only in a line of Scottish and Irish cases has there been any consideration of striking a balance between the competing interests involved where there is a challenge to admissibility because of illegality or impropriety: see *Heydon*, op.cit., at pp. 607-610; and see also *Cowen and Carter*, *Essays on the Law of Evidence* (1956), *The Admissibility of Evidence Obtained through Illegal Searches and Seizures*, at pp. 83-92. Relevant to that consideration would be, of course, the trustworthiness of the tendered evidence.

Opposed to the dominant common law position is that at which the Supreme Court of the United States has arrived in enforcing the guarantees of the Fourth Amendment of the Constitution, applicable to the central authorities, against unreasonable searches and seizures, and, through it, those of the Fourteenth Amendment enjoining the States not to "deprive any person of life, liberty or property without due process of law". In general, a rule of exclusion of illegally obtained evidence, tendered to show the guilt of an accused, is enforced both in federal and state prosecutions: see *Weeks v. U.S.*¹⁵, *Mapp v. Ohio*¹⁶.

The American exclusionary rule, in enforcement of constitutional guarantees, is as much a judicial creation as was the common law of admissibility. It is not dictated by the Constitution, but its rationale appears to be that the constitutional guarantees cannot be adequately served if their vindication is left to civil actions in tort or criminal prosecutions, and that a check rein on illegal police activity which invades constitutional rights can best be held by

culière. J'ai déjà indiqué que la discrétion a été rétrécie, et je me permets d'ajouter qu'elle l'a été à un degré qui fait ressortir une préférence large en faveur de la recevabilité. Il semble que ce ne soit seulement que dans une série de décisions écossaises et irlandaises qu'on ait accordé une considération quelconque à un partage entre les intérêts opposés qui sont en cause lors d'une contestation de la recevabilité d'une preuve pour cause d'illégalité ou d'irrégularité: voir *Heydon*, op.cit., aux pp. 607-610; et voir aussi *Cowen and Carter*, *Essays on the Law of Evidence* (1956), *The Admissibility of Evidence Obtained through Illegal Searches and Seizures*, aux pp. 83-92. La crédibilité de la preuve soumise serait, bien entendu, pertinente à l'égard de ce partage.

A l'opposé de la position qui prédomine dans la *Common Law* se trouve celle à laquelle est arrivée la Cour suprême des États-Unis dans l'application des garanties édictées par le quatrième amendement à la Constitution, applicable au pouvoir central, à l'encontre des perquisitions et des saisies déraisonnables, et, à travers lui, de celles édictées par le quatorzième amendement ordonnant aux États de ne pas [TRADUCTION] «priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans l'application régulière de la loi (*due process of law*)». En général, une règle prévoyant l'exclusion d'une preuve obtenue illégalement, offerte en vue de démontrer la culpabilité de l'accusé, est appliquée à la fois dans les poursuites du gouvernement fédéral et des gouvernements des États: voir *Weeks v. U.S.*¹⁵; *Mapp v. Ohio*¹⁶.

La règle américaine de l'exclusion de la preuve, dans l'application des garanties constitutionnelles, est tout autant une création judiciaire que l'était la règle de recevabilité en *Common Law*. Elle n'est pas dictée par la Constitution, mais sa justification semble être que les garanties constitutionnelles ne peuvent pas être adéquatement sauvegardées si pour les faire triompher il faut s'en remettre à des recours délictuels ou à des poursuites au criminel, et que

¹⁵ (1914), 232 U.S. 383.

¹⁶ (1961), 367 U.S. 643.

¹⁵ (1914), 232 U.S. 383.

¹⁶ (1961), 367 U.S. 643.

excluding evidence obtained through such invasions. Whether this has resulted or can result in securing or improving respect for constitutional guarantees is not an easy question to answer, although attempts are being made to do so through empirical studies: see *Spiotto, Search and Seizure: An Empirical Study of the Exclusionary Rule and Its Alternative* (1973), 2 Jo.Leg.S. 243.

It may be said that the exclusion of relevant evidence is no way to control illegal police practices and that such exclusion merely allows a wrongdoer to escape conviction. Yet where constitutional guarantees are concerned, the more pertinent consideration is whether those guarantees, as fundamentals of the particular society, should be at the mercy of law enforcement officers and a blind eye turned to their invasion because it is more important to secure a conviction. The contention that it is the duty of the Courts to get at the truth has in it too much of the philosophy of the end justifying the means; it would equally challenge the present law as to confessions and other out-of-Court statements by an accused. In the United States, its Supreme Court, after weighing over many years whether other methods than exclusion of evidence should be invoked to deter illegal searches and seizures in state as well as in federal prosecutions, concluded that the constitutional guarantees could best be upheld by a rule of exclusion.

The *Canadian Bill of Rights* is a half-way house between a purely common law regime and a constitutional one; it may aptly be described as a quasi-constitutional instrument. It does not embody any sanctions for the enforcement of its terms, but it must be the

les activités policières illégales qui enfreignent les droits constitutionnels seraient mieux freinées par l'exclusion de la preuve obtenue par des actes de cette nature. La question de savoir si cela a eu pour résultat, ou peut avoir comme résultat, d'assurer le respect des droits garantis par la Constitution ou de l'accroître, ne trouve pas réponse facile, bien que des tentatives en ce sens aient été faites par des études empiriques: voir *Spiotto, Search and Seizure: An Empirical Study of the Exclusionary Rule and Its Alternative* (1973), 2 Jo.Leg.S. 243.

On peut prétendre que l'exclusion d'une preuve pertinente ne pourra pas servir à exercer un contrôle sur les pratiques illégales de la police et qu'une telle exclusion permet tout simplement à l'auteur d'un crime d'échapper à la condamnation. Pourtant ce qu'il faut d'abord envisager lorsqu'il s'agit de garanties constitutionnelles, c'est de savoir si ces garanties, considérées en tant que principes fondamentaux de la société concernée, devraient être à la merci des agents chargés de l'application des lois, et si on devrait fermer les yeux sur leur violation parce qu'il est plus important de s'assurer une déclaration de culpabilité. La prétention que c'est le devoir des tribunaux de découvrir la vérité ressemble trop à la philosophie de la fin justifiant les moyens; elle mettrait également en cause le droit actuel concernant les aveux et autres déclarations extra-judiciaires d'un accusé. Aux États-Unis, la Cour suprême, après avoir cherché durant plusieurs années si d'autres méthodes que l'exclusion de la preuve pourraient être mises de l'avant pour décourager les perquisitions et saisies illégales dans les poursuites menées par les États aussi bien que dans celles menées par le gouvernement fédéral, a conclu que la règle de l'exclusion constituait le meilleur moyen d'assurer le maintien des garanties constitutionnelles.

La *Déclaration canadienne des droits* est à mi-chemin entre un système fondé uniquement sur la *Common Law* et un système constitutionnel; on peut à juste titre la décrire comme un document quasi constitutionnel. Elle ne prévoit aucune sanction pour l'application de ses dispo-

function of the Courts to provide them in the light of the judicial view of the impact of that enactment. The *Drybones* case has established what the impact is, and I have no reason to depart from the position there taken. In the light of that position, it is to me entirely consistent, and appropriate, that the prosecution in the present case should not be permitted to invoke the special evidentiary provisions of s. 237 of the *Criminal Code* when they have been resorted to after denial of access to counsel in violation of s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*. There being no doubt as to such denial and violation, the Courts must apply a sanction. We would not be justified in simply ignoring the breach of a declared fundamental right or in letting it go merely with words of reprobation. Moreover, so far as denial of access to counsel is concerned, I see no practical alternative to a rule of exclusion if any serious view at all is to be taken, as I think it should be, of this breach of the *Canadian Bill of Rights*.

My conclusion does not, of course, preclude proof otherwise than by resort to s. 237, and such proof might well have been available to the Crown in respect of a charge of impaired driving under s. 234, had such a charge been laid in addition to or in lieu of a charge under s. 236.

I would, therefore, allow this appeal, set aside the judgments below and quash the conviction.

Appeal dismissed, SPENCE and LASKIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Randall R. Duplak, Dartmouth.

Solicitor for the respondent: Graham W. Stewart, Halifax.

sitions, mais il appartient aux tribunaux d'y pourvoir à la lumière de l'opinion qu'ils se font de l'impact de cette loi. L'arrêt *Drybones* a établi quel en est l'impact, et je n'ai aucune raison d'adopter une position différente de celle qu'on y a adoptée. À la lumière de cette position, il est, selon moi, tout à fait compatible, et approprié, de ne pas permettre que le poursuivant en l'espèce invoque les dispositions spéciales de preuve de l'art. 237 du *Code criminel* quand on y a eu recours après avoir refusé l'accès à un avocat en violation du sous-al. (ii) de l'al. c) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*. Puisqu'il n'y a pas de doute qu'il y a eu un tel refus et une telle violation, les tribunaux doivent imposer une sanction. Nous ne serions pas fondés à simplement refuser de tenir compte de l'atteinte à un droit fondamental déclaré ou à laisser passer le fait en nous contentant de quelques mots de reproche. De plus, autant que le refus de permettre la consultation d'un avocat est concerné, je ne vois pas de solution de rechange pratique à une règle d'exclusion si l'on veut le moins prendre au sérieux, comme je crois qu'on devrait le faire, cette violation de la *Déclaration canadienne des droits*.

Ma conclusion n'empêche pas, naturellement, de faire une preuve autrement que par recours aux dispositions de l'art. 237, et une telle preuve aurait fort bien pu être disponible au ministère public à l'égard d'une accusation de conduite pendant que la capacité de conduire est affaiblie, si semblable accusation avait été portée contre l'accusé en plus d'une accusation en vertu de l'art. 236 ou au lieu de celle-ci.

J'accueillerais par conséquent le pourvoi, j'infirmes les jugements des cours d'instance inférieure et j'annulerais la déclaration de culpabilité.

Appel rejeté, les juges SPENCE et LASKIN étaient dissidents.

Procureur de l'appelant: Randall R. Duplak, Dartmouth.

Procureur de l'intimée: Graham W. Stewart, Halifax.