

William Edward Elshaw *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ELSHAW

File No.: 21614.

1991: May 9; 1991: September 26.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused making incriminating statement to police officer while being held in van — Accused's right to counsel violated — Whether incriminating statement should be admitted into evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Appellant had been seen in a park with young boys in suspicious circumstances. The police were called and appellant was stopped when he attempted to leave the park by jumping a fence. The officer obtained identification from him, advised him that he was being investigated for possible child molesting, and placed him in the back of a police van. The police then questioned both the adult witnesses and the boys. About five minutes later, one of the officers opened the van door and engaged in a conversation with appellant in which appellant said he sometimes had "these urges, not so much with little boys, but more with little girls", and admitted his need for help. At no time prior to this conversation was appellant informed of his right to retain and instruct counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or of his common law right to remain silent. After the conversation, he was driven to the police station, formally charged with vagrancy and advised of his right to retain and instruct counsel. Charges of assault and attempted sexual assault were added later.

William Edward Elshaw *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ELSHAW

^b N^o du greffe: 21614.

1991: 9 mai; 1991: 26 septembre.

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

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

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité d'éléments de preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Déclaration incriminante faite par l'accusé à un agent de police alors qu'il était détenu dans une fourgonnette — Violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat — La déclaration incriminante devrait-elle être admise en preuve? — ^e Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

L'appellant avait été aperçu dans un parc en compagnie de jeunes garçons dans des circonstances louches. On a fait venir la police et l'appellant a été interpellé quand il a tenté de quitter le parc en sautant par-dessus une clôture. Un policier lui a fait produire une pièce d'identité, lui a appris qu'il faisait l'objet d'une enquête relativement à de possibles agressions sexuelles contre des enfants et l'a fait monter à l'arrière d'un fourgon cellulaire. Les policiers ont ensuite interrogé les témoins adultes et les garçonnetts. Environ cinq minutes plus tard, l'un des policiers a ouvert la porte du fourgon et a eu avec l'appellant un entretien au cours duquel ce dernier a dit que parfois «l'envie me prend, pas tellement à l'égard de petits garçons, mais plutôt à l'égard de petites filles», et a reconnu avoir besoin d'aide. À aucun moment antérieurement à cette conversation l'appellant n'a été informé de son droit, garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, ou de son droit, reconnu par la common law, de garder le silence. Après la conversation, il a été conduit au poste de police, officiellement accusé de vagabondage et informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Des accusations de voies de fait et de tentative d'agression sexuelle ont été portées contre lui par la suite.

At trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of the conversation between appellant and the police officer. Defence counsel sought to have the evidence excluded under s. 24(2) of the *Charter* on the basis that appellant's s. 10(b) right had been infringed while he was detained in the patrol van. The trial judge admitted the evidence. Neither appellant nor the boys testified at the trial. Appellant was acquitted on the charges of simple assault but convicted on the two counts of attempted sexual assault. The court then granted the Crown's application to have appellant declared a dangerous offender pursuant to Part XXI of the *Criminal Code* and appellant was given an indeterminate sentence. An appeal to the Court of Appeal was dismissed.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: In view of the specific findings of the lower courts that there was a detention in this case, as conceded by the Crown, the sole issues before the Court were (1) the appropriate test under s. 24(2) of the *Charter* for the admission of a self-incriminating statement obtained following a violation of the accused's s. 10(b) *Charter* rights and (2) the Crown's alternative argument concerning the availability of the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

The factors to be considered in determining whether the admission of evidence in proceedings would bring the administration of justice into disrepute can be divided into three groups based on their effect on the repute of the administration of justice. The first group of factors are those relating to the fairness of the trial. The second group relates to the seriousness of the *Charter* violations as shown by the conduct of the law enforcement authorities. The third group of factors deals with the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence even though it was obtained in violation of the *Charter*. The measure of seriousness is a function of the deliberate or non-deliberate nature of the violation by the authorities, circumstances of urgency and necessity, and other aggravating or mitigating factors.

Au cours du procès, un voir-dire a été tenu pour déterminer l'admissibilité en preuve de la conversation survenue entre l'appellant et l'agent de police. L'avocat de la défense a cherché à obtenir l'exclusion de cette preuve, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que l'appellant avait subi, pendant qu'il était détenu dans le fourgon cellulaire, une atteinte au droit que lui garantit l'al. 10b). La preuve en question a été admise par le juge du procès. Ni l'appellant ni les garçons n'ont témoigné au cours du procès. L'appellant a été acquitté relativement aux accusations de voies de fait simples, mais a été reconnu coupable des deux infractions de tentative d'agression sexuelle. La cour a ensuite fait droit à une requête du ministère public visant à faire déclarer l'appellant comme étant un délinquant dangereux, conformément à la partie XXI du *Code criminel* et l'appellant s'est vu infliger une peine de durée indéterminée. L'appel interjeté devant la Cour d'appel a été rejeté.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: Compte tenu des conclusions précises des tribunaux d'instance inférieure qu'il y a eu détention en l'espèce, ce que reconnaît d'ailleurs le ministère public, les seules questions soumises à la Cour sont (1) celle du critère à appliquer, aux fins du par. 24(2) de la *Charte*, pour décider de l'admissibilité d'une déclaration incriminante obtenue de l'accusé par suite d'une violation des droits que lui reconnaît l'al. 10b) de la *Charte*, et (2) celle soulevée par l'argument subsidiaire du ministère public concernant la possibilité de se prévaloir de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Les facteurs à prendre en considération pour déterminer si l'utilisation de certains éléments de preuve, dans une instance, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice peuvent se diviser en trois groupes selon leur effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Le premier groupe englobe les facteurs liés à l'équité du procès. Le deuxième groupe touche la gravité des violations de la *Charte*, qui ressort de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi. Le troisième groupe de facteurs concerne la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion des éléments de preuve, même s'ils ont été obtenus d'une manière contraire à la *Charte*. La gravité tient au caractère délibéré ou non de la violation commise par les autorités, à l'existence d'une situation d'urgence et de nécessité, ainsi qu'à la présence d'autres facteurs aggravants ou atténuants.

The self-incriminating statement should not have been admitted in this case. The violation of appellant's rights was serious. What was important was the fact that the police obtained evidence from a detained person prior to fulfilling their responsibilities under s. 10(b), not the relatively short period of time during which appellant was detained. The violation of s. 10(b) arose when the police officer began to question appellant without advising him that he could retain a lawyer. The statement obtained under these conditions contributed substantially to his conviction. It was also used to provide a nexus to similar fact evidence regarding appellant's previous conviction for child molesting which was the basis of his indeterminate sentence as a dangerous offender.

While it may have been reasonable and necessary to place appellant in the patrol wagon, it was not necessary to violate his *Charter* right in the circumstances. The Crown did not produce any explanation or evidence to show why the police could not have waited to question him. If circumstances of urgency or necessity are to be a mitigating factor, they must go to the need to obtain information right away prior to advising the suspect of his or her rights to retain and instruct counsel, rather than the need to restrict a suspect's movements by detention or arrest. The urgency of detention should not be used as an excuse to violate the right to counsel if there is no need to question the accused immediately.

Even if the good faith of the police officers were definitively established, it should not have been considered as a mitigating factor in the violation of appellant's rights. The good faith of police will not strengthen the case for admission to cure an unfair trial. The fact that the police thought they were acting reasonably is cold comfort to an accused if their actions result in a violation of his or her right to fair criminal process.

No one can speculate what appellant might have said or done at the time of his detention had he been advised of his right to counsel or even of his right to remain silent. To base admission on the ground that he might have confessed completely undermines the enshrinement of the right to counsel in the *Charter*.

La déclaration incriminante n'aurait pas dû être admise en l'espèce. La violation des droits de l'appelant était grave. Ce qui importe c'est que les policiers ont obtenu des éléments de preuve d'un détenu avant de s'acquitter des obligations que leur impose l'al. 10b), et non pas la durée relativement courte de la détention de l'appelant. Il y a eu violation de l'al. 10b) dès que l'agent de police s'est mis à interroger l'appelant sans l'informer qu'il pouvait avoir recours à l'assistance d'un avocat. La déclaration obtenue dans ces circonstances a largement contribué au verdict de culpabilité rendu contre l'appelant. Elle a été utilisée, en outre, pour former un lien avec une preuve de faits similaires relativement à la condamnation antérieure de l'appelant pour agression sexuelle contre des enfants, preuve sur laquelle a été fondée la peine de durée indéterminée prononcée contre l'appelant en tant que délinquant dangereux.

Bien qu'il puisse avoir été raisonnable et nécessaire de placer l'appelant dans le fourgon cellulaire, il n'était pas nécessaire, dans les circonstances, de violer le droit que lui garantissait la *Charte*. Le ministère public n'a présenté aucune explication ni aucun élément de preuve démontrant pourquoi les policiers n'auraient pas pu attendre pour l'interroger. Pour que l'urgence de la situation ou la nécessité constituent des facteurs atténuants, elles doivent procéder de la nécessité d'obtenir des renseignements sans délai, avant d'informer le suspect de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, plutôt que de la nécessité de recourir à la détention ou à l'arrestation pour limiter les déplacements du suspect. L'urgence de la détention ne devrait pas servir de prétexte pour violer le droit à l'assistance d'un avocat dans un cas où il n'est nullement nécessaire d'interroger le prévenu immédiatement.

Même à supposer que la bonne foi des policiers ait été établie de façon concluante, elle n'aurait pas dû être considérée comme un facteur atténuant la violation des droits de l'appelant. La bonne foi de la police ne militera pas en faveur de l'utilisation de la preuve obtenue pour remédier à un procès inéquitable. Le fait que les policiers croyaient agir raisonnablement n'a guère de quoi consoler un accusé si, par suite de leurs actes, il subit une atteinte à son droit à l'équité du processus criminel.

Nul ne peut conjecturer sur ce que l'appelant aurait pu dire ou faire au moment de sa détention s'il avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat ou même de son droit de garder le silence. Motiver l'utilisation des éléments de preuve par le fait qu'il aurait pu faire un aveu, c'est miner complètement le droit à l'assistance d'un avocat, consacré dans la *Charte*.

The Court of Appeal used the wrong criteria for admission of the evidence in this case, and misapplied them. It listed the self-incriminating nature of the evidence obtained in violation of s. 10(b) as just one factor among many to be considered, when a proper approach would have been premised on the principle that such evidence is not generally admissible because it would adversely affect the fairness of the trial and bring the administration of justice into disrepute. Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, which can be used to cure errors of law where no substantial wrong or miscarriage of justice results, is not available here. If the evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* because its admission would put the administration of justice into disrepute, then generally its admission was such as to amount to a substantial wrong or miscarriage of justice.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): There was no violation of appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter*; he was not detained within the meaning of the section when he made the self-incriminating statements to the police.

Detention can occur through the exercise of physical restraint or the assumption of control over movement. These two scenarios are not at issue here. While appellant was put in the back of a police vehicle, the entire incident took place in a park, in full view of the public. He had not been handcuffed or placed under arrest, had not been verbally or physically coerced in any way, and only spent some five or six minutes in the van. Further, the police officers had no firm suspicion at the time that he had been involved in criminal activity.

Detention for the purposes of triggering s. 10(b) rights ought not to be recognized merely because a person might feel some kind of psychological compulsion during contact with a police officer. The requirement that police officers apprise persons of their rights under the *Charter* in such situations has massive implications for law enforcement since it would effectively shackle any investigation at its outset by preventing the authorities from making any kind of introductory inquiry and factual assessment of the situation before criminal liability even becomes an issue.

La Cour d'appel s'est servie, en l'espèce, des mauvais critères pour décider de l'admissibilité des éléments de preuve en cause et elle a mal appliqué ces critères. Elle a mentionné la nature incriminante de la preuve obtenue en violation de l'al. 10b) comme ne représentant qu'un facteur parmi tant d'autres à considérer, alors qu'il aurait fallu plutôt partir du principe selon lequel une telle preuve est généralement inadmissible du fait qu'elle nuirait à l'équité du procès et qu'elle déconsidérerait l'administration de la justice. Le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, qui peut servir à réparer les erreurs de droit dans les cas où il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave, ne s'applique pas en l'espèce. Si la preuve en cause avait dû être écartée, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que son utilisation aurait été susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, alors, d'une manière générale, cette utilisation aurait constitué un tort important ou une erreur judiciaire grave.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): L'appelant n'a subi aucune violation des droits que lui reconnaît l'al. 10b) de la *Charte* et il n'était pas détenu, au sens de cette disposition, quand il a fait les déclarations incriminantes aux policiers.

La détention peut résulter de l'exercice d'une contrainte physique ou de la restriction de la liberté d'action. Ces deux scénarios ne se présentent pas en l'espèce. Bien qu'on ait fait monter l'appelant à l'arrière d'un véhicule de la police, l'incident en entier s'est déroulé dans un parc, à la vue du public. On ne lui avait pas passé les menottes, il n'avait pas été mis en état d'arrestation, il n'avait pas fait l'objet d'une contrainte verbale ou physique et il n'avait passé que cinq ou six minutes dans le fourgon. De plus, les policiers n'avaient, à ce moment-là, aucun solide soupçon qu'il avait participé à une activité criminelle.

On ne devrait pas reconnaître qu'il y a détention déclenchant l'application des droits garantis par l'al. 10b), du seul fait qu'une personne peut se sentir soumise à une contrainte psychologique en présence d'un agent de police. L'exigence que les policiers informent les gens de leurs droits découlant de la *Charte*, dans de telles situations, a des répercussions dramatiques en ce qui concerne l'application de la loi, car cela aurait pour effet d'entraver toute enquête dès le départ en empêchant les autorités de procéder à quelque forme que ce soit d'interrogatoire préliminaire et d'évaluation des faits avant même que ne se pose la question de la culpabilité criminelle.

The balancing between the rights of the individual to be free from unnecessary and unjustified harassment at the hands of state agents and the right of society at large to expect efficient law enforcement is of primordial importance. Given the overly cumbersome and obtrusive position which has developed in Canada, a compromise attending to both competing interests might be found in the doctrine of preliminary investigatory detention short of arrest. Under this doctrine, s. 10(b) rights would be rendered active later in the process—after a period where the police have an opportunity to assess the situation which confronts them, to identify possible witnesses and suspects, and to confirm the initial information they receive. It is misguided to require the police to issue warnings pursuant to s. 10(b) to all the people they meet at the scene of an accident, or after they receive a call and must investigate some kind of a disturbance, on the off-chance that someone with whom they communicate will feel some kind of compulsion and make a self-incriminating statement.

Concerns over the rights of a future accused in the proceedings prior to the laying of a charge are misplaced and should not result in the obliteration of values which are equally important. There is a middle ground where these concerns may co-exist with effective law enforcement. To adopt a position which prevents state agents from attempting to gain any sort of information whatsoever from those persons whom, as a matter of simple common sense, they would routinely be expected to question would be to confuse constitutional vigilance with paranoia. Common sense must not be left at the doorstep when the *Charter* is being interpreted.

Since appellant was not detained within the meaning of s. 10(b) when he made the statements to the police officers, there was no violation of the section and no need to proceed to the stage of deciding whether or not the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. However, even if there were a violation, the statements ought not to have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* since their admission would not bring the administration of justice into disrepute and render the trial unfair.

L'appréciation consistant à soupeser les droits qu'ont les individus de ne pas être soumis par les agents de l'État à un harcèlement qui n'est ni nécessaire ni justifié et le droit de la société en général de s'attendre à une application efficace de la loi est d'une importance primordiale. Vu le caractère excessivement lourd et envahissant du point de vue adopté au Canada, un compromis qui tiendrait compte des deux droits conflictuels pourrait se dégager de la théorie de la détention préliminaire pour fins d'enquête mais sans arrestation. Selon cette théorie, les droits garantis par l'al. 10b) entreraient en jeu plus tard dans le processus, c'est-à-dire après que la police a eu la possibilité d'apprécier la situation à laquelle elle se trouve confrontée, d'identifier d'éventuels témoins et suspects et de confirmer les premiers renseignements reçus. Il est peu judicieux d'exiger que les policiers mettent en garde, conformément à l'al. 10b), toutes les personnes qu'ils rencontrent sur les lieux d'un accident ou qu'ils le fassent après avoir été appelés à faire enquête sur un incident quelconque, au cas où quelqu'un avec qui ils communiquent se sentirait soumis à une sorte de contrainte et ferait une déclaration incriminante.

Les craintes en ce qui concerne le respect des droits d'un futur accusé dans le cadre des procédures préalables au dépôt d'une accusation sont déplacées et ne devraient pas entraîner l'anéantissement de valeurs tout aussi importantes. Il existe un moyen terme qui tient compte à la fois de ces préoccupations et de l'application efficace de la loi. Ce serait confondre vigilance constitutionnelle et paranoïa que d'adopter une position qui empêcherait les agents de l'État de tenter d'obtenir quelque renseignement que ce soit de personnes qu'on s'attendrait tout naturellement, selon le simple bon sens, à voir interrogées par eux. Il ne faut pas abandonner le bon sens en interprétant la *Charte*.

Comme l'appelant n'était pas détenu au sens de l'al. 10b) quand il a fait les déclarations aux agents de police, il n'y a pas eu de violation de cet alinéa et il n'était donc pas nécessaire de passer à l'étape qui consiste à décider si l'admission des éléments de preuve en question serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Toutefois, même s'il y avait eu violation, les déclarations n'auraient pas dû être écartées en vertu du par. 24(2) de la *Charte* puisque leur admission n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et de rendre le procès inéquitable.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

United States of America v. Cotroni, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. viii; *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *R. v. Voss* (1989), 50 C.C.C. (3d) 58; *R. v. Ancelet* (1986), 70 A.R. 263; *R. v. C.(S.)* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 252; *R. v. Olivier*, May 30, 1991, Man. Q.B., summarized at 13 W.C.B. (2d) 278; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972); *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979); *Brown v. Texas*, 443 U.S. 47 (1979); *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *United States v. Sharpe*, 470 U.S. 675 (1985); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984); *United States v. Serna-Barreto*, 842 F.2d 965 (1988); *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).
Crimes Act 1958, Victoria, as amended by *Crimes (Custody and Investigation) Act 1988*, No. 37, ss. 464, 464C, 464I.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).
Criminal Code Act 1899, Queensland, 63 Vict. No. 9.
Criminal Code Act, 1924, Tasmania, 14 Geo. V No. 69.
Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act, Tasmania (1976) No. 30.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, ss. 24(6), (7), 37, 42, 56, 58.
Police Offences Act Amendment Act, 1985, South Australia, No. 46, ss. 32, 34.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869.

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

États-Unis d'Amérique c. Cotroni, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. viii; *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *R. v. Voss* (1989), 50 C.C.C. (3d) 58; *R. v. Ancelet* (1986), 70 A.R. 263; *R. v. C.(S.)* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 252; *R. v. Olivier*, 30 mai 1991, B.R. Man., résumé à 13 W.C.B. (2d) 278; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972); *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979); *Brown v. Texas*, 443 U.S. 47 (1979); *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *United States v. Sharpe*, 470 U.S. 675 (1985); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984); *United States v. Serna-Barreto*, 842 F.2d 965 (1988); *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie XXI.
Crimes Act 1958, Victoria, modifiée par la *Crimes (Custody and Investigation) Act 1988*, No. 37, art. 464, 464C, 464I.
Criminal Code Act 1899, Queensland, 63 Vict. No. 9.
Criminal Code Act, 1924, Tasmania, 14 Geo. V No. 69.
Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act, Tasmania (1976) No. 30.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 24(6), (7), 37, 42, 56, 58.
Police Offences Act Amendment Act, 1985, South Australia, No. 46, art. 32, 34.

Authors Cited

- Archbold, John Frederick. *Archbold: Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 43rd ed. Edited by Stephen Mitchell and P. J. Richardson. London: Sweet & Maxwell, 1988. *a*
- Australia. Australian Law Reform Commission. *Criminal Investigation* (Report No. 2). Canberra: Australian Government Publishing Service, 1975.
- Berger, Mark. "Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations" (1990), 24 *U. Mich. J.L. Ref.* 1. *b*
- Canada. Law Reform Commission. *Arrest* (Report 29). Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1986.
- Coughlan, Steve. "Police Detention for Questioning: A Proposal" (1986), 28 *Crim. L.Q.* 64 and 170. *c*
- de Montigny, Yves. "L'élargissement du concept de «détention», premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination?" (1990), 31 *C. de D.* 769.
- Dix, George E. "Nonarrest Investigatory Detentions in Search and Seizure Law", [1985] *Duke L.J.* 849. *d*
- Garneau, Grant Smyth. "The Application of Charter Rights to the Interrogation Process" (1986), 35 *U.N.B.L.J.* 35.
- Iller, Martin and George Goodwin. *Criminal Litigation*. London: Butterworths, 1985. *e*
- Mongiardo, Dante P. "The Terry Exception to Miranda" (1983), 10 *Search & Seizure L. Rep.* 165.
- New South Wales Law Reform Commission. *Procedure from Charge to Trial: Specific Problems and Proposals*. Sydney: Law Reform Commission, 1987. *f*
- Sack, Emily J. "Police Approaches and Inquiries on the Streets of New York: The Aftermath of *People v. De Bour*" (1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 512.
- Sallmann, Peter and John Willis. *Criminal Justice in Australia*. Melbourne: Oxford University Press, 1984. *g*
- Scotland. Committee on Criminal Procedure in Scotland. *Criminal Procedure in Scotland* (Second Report). Edinburgh: H.M. Stationery Off., 1975.
- Stuart, Don. "Four Springboards from the Supreme Court of Canada: Hunter, Therens, Motor Vehicle Reference and Oakes—Asserting Basic Values of Our Criminal Justice System" (1987), 12 *Queen's L.J.* 131. *h*
- "Twentieth Annual Review of Criminal Procedure: United States Supreme Court and Courts of Appeals 1989-1990" (1991), 79 *Geo. L.J.* 591. *i*
- Wiseman, Christine M. "The 'Reasonableness' of the Investigative Detention: An 'Ad Hoc' Constitutional Test" (1984), 67 *Marq. L. Rev.* 641. *j*

Doctrine citée

- Archbold, John Frederick. *Archbold: Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 43rd ed. Edited by Stephen Mitchell and P. J. Richardson. London: Sweet & Maxwell, 1988.
- Australia. Australian Law Reform Commission. *Criminal Investigation* (Report No. 2). Canberra: Australian Government Publishing Service, 1975.
- Berger, Mark. «Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations» (1990), 24 *U. Mich. J.L. Ref.* 1.
- Canada. Commission de réforme du droit. *L'arrestation* (rapport 29). Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1986.
- Coughlan, Steve. «Police Detention for Questioning: A Proposal» (1986), 28 *Crim. L.Q.* 64 and 170.
- de Montigny, Yves. «L'élargissement du concept de «détention», premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination?» (1990), 31 *C. de D.* 769.
- Dix, George E. «Nonarrest Investigatory Detentions in Search and Seizure Law», [1985] *Duke L.J.* 849.
- Garneau, Grant Smyth. «The Application of Charter Rights to the Interrogation Process» (1986), 35 *U.N.B.L.J.* 35.
- Iller, Martin and George Goodwin. *Criminal Litigation*. London: Butterworths, 1985.
- Mongiardo, Dante P. «The Terry Exception to Miranda» (1983), 10 *Search & Seizure L. Rep.* 165.
- New South Wales Law Reform Commission. *Procedure from Charge to Trial: Specific Problems and Proposals*. Sydney: Law Reform Commission, 1987.
- Sack, Emily J. «Police Approaches and Inquiries on the Streets of New York: The Aftermath of *People v. De Bour*» (1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 512.
- Sallmann, Peter and John Willis. *Criminal Justice in Australia*. Melbourne: Oxford University Press, 1984.
- Scotland. Committee on Criminal Procedure in Scotland. *Criminal Procedure in Scotland* (Second Report). Edinburgh: H.M. Stationery Off., 1975.
- Stuart, Don. «Four Springboards from the Supreme Court of Canada: Hunter, Therens, Motor Vehicle Reference and Oakes—Asserting Basic Values of Our Criminal Justice System» (1987), 12 *Queen's L.J.* 131.
- «Twentieth Annual Review of Criminal Procedure: United States Supreme Court and Courts of Appeals 1989-1990» (1991), 79 *Geo. L.J.* 591.
- Wiseman, Christine M. «The 'Reasonableness' of the Investigative Detention: An 'Ad Hoc' Constitutional Test» (1984), 67 *Marq. L. Rev.* 641.

Woods, Seumas. "Interrogation Law and the *Charter*: An American Plan for the Renovations" (1985), 43 *U.T. Fac. L. Rev.* 153.

Young, Alan. "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 70 C.R. (3d) 197, 45 C.R.R. 140, dismissing appellant's appeal from his convictions on two charges of attempted sexual assault by Greig Prov. Ct. J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

William B. Smart, for the appellant.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal involves the appropriate test under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for the admission of a self-incriminating statement obtained following a violation of the accused's s. 10(b) *Charter* rights.

The Facts

The appellant was charged with two counts of attempted sexual assault and two counts of simple assault following an incident on May 22, 1984 in a park in Victoria, British Columbia.

The complainants were five and six years old at the time. Two adult witnesses, D. W. and L. W., lived in a house which was adjacent to the park. They were working in their yard on May 22 at around 5 p.m. when D. W. observed the appellant walking in a crouched position along some bushes at the edge of the park. He was leading a young boy by the hand. When the appellant and the boy disappeared in the bushes, the witness L. W. went closer to attempt to find out what was happening. She saw the appellant

Woods, Seumas. «Interrogation Law and the *Charter*: An American Plan for the Renovations» (1985), 43 *U.T. Fac. L. Rev.* 153.

Young, Alan. «All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 70 C.R. (3d) 197, 45 C.R.R. 140, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre des verdicts de culpabilité prononcés contre lui, par le juge Greig de la Cour provinciale siégeant avec jury, relativement à deux accusations de tentative d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

William B. Smart, pour l'appelant.

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi vise à déterminer le critère à appliquer, aux fins du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour décider de l'admissibilité d'une déclaration incriminante obtenue de l'accusé par suite d'une violation des droits que lui reconnaît l'al. 10b) de la *Charte*.

Les faits

Deux accusations de tentative d'agression sexuelle et deux accusations de voies de fait simples ont été portées contre l'appelant à la suite d'un incident survenu le 22 mai 1984 dans un parc à Victoria (Colombie-Britannique).

Les plaignants étaient alors âgés de cinq et de six ans. Deux témoins adultes, D. W. et L. W., habitaient une maison adjacente au parc. Ils travaillaient dans leur cour vers 17 h, le 22 mai, quand D. W. a remarqué l'appelant qui se dirigeait, accroupi, le long de quelques buissons en bordure du parc. Il conduisait un jeune garçon par la main. Lorsque l'appelant et le garçon eurent disparu dans les buissons, le témoin L. W. s'est approchée afin de découvrir ce qui se passait. Elle a vu l'appelant et le garçon assis

and the boy seated together in an unusual position and overheard the appellant say "Let's keep it our secret, it will be our little secret." After the first boy left him in the bushes, a second young boy joined the appellant in the same secluded location. Once again ^a L. W. heard the appellant say "shhh" and "let's keep it our little secret" before the second boy also left the bushes.

By this time, the witness D. W. had telephoned the police. Two officers, Constables Jorgensen and Randhawa, arrived shortly after the second boy had left the bushes. They testified that they entered the park and saw the appellant crouched in the bushes. ^c When the appellant attempted to leave the park by jumping a fence, he was stopped by Constable Randhawa. The officer obtained identification from the appellant, advised him that he was being investigated for possible child molesting, and placed him in the back of the police van which Randhawa and Jorgensen had driven to the park. The officers then questioned both the adult witnesses and the complainants. ^d

About five minutes later, Constable Jorgensen opened the van door. He stood outside while the appellant remained inside the van. They had the following conversation:

Jorgensen: "What would have happened if we had not come along?"

Appellant: "I don't know, I just can't help myself. Sometimes I have these urges, not so much with little boys, but more with little girls."

Jorgensen: "What age are we talking about?"

Appellant: "Oh, five or six year olds. I know I need help, but I just don't know how to get it."

Jorgensen: "We'll try and see if we can get you some help."

At no time prior to this conversation was the appellant informed of his right to retain and instruct counsel. After the conversation with Constable Jorgensen he was driven to the police station. There he was formally charged with vagrancy and advised of his right ^j

ensemble dans une position inhabituelle et a entendu l'appellant dire [TRADUCTION] «Gardons ça secret. Ce sera notre petit secret.» Après que le premier garçon fut parti, laissant l'appellant dans les buissons, un ^a second garçon est venu se joindre à lui au même endroit retiré. À nouveau, L. W. a entendu l'appellant prononcer les mots [TRADUCTION] «Chut!» et «C'est notre petit secret à nous deux» avant que le second garçon ne sorte lui aussi des buissons. ^b

Entre-temps, le témoin D. W. avait téléphoné à la police. Deux policiers, les agents Jorgensen et Randhawa, sont arrivés peu après que le second garçon fut sorti des buissons. Ils ont témoigné avoir vu, en entrant dans le parc, l'appellant accroupi dans les buissons. L'appellant a tenté de quitter le parc en sautant par-dessus une clôture, mais il en a été empêché par l'agent Randhawa. Celui-ci a fait produire à l'appellant une pièce d'identité, lui a appris qu'il faisait l'objet d'une enquête relativement à de possibles agressions sexuelles contre des enfants et l'a fait monter à l'arrière du fourgon cellulaire dans lequel Randhawa et Jorgensen s'étaient rendus au parc. Les policiers ont ensuite interrogé les témoins adultes et les plaignants. ^e

Environ cinq minutes plus tard, l'agent Jorgensen a ouvert la porte du fourgon. Il se tenait à l'extérieur tandis que l'appellant est resté à l'intérieur. Ils ont échangé les propos suivants:

[TRADUCTION] Jorgensen: «Qu'est-ce qui se serait passé si nous n'étions pas arrivés?»

^g L'appellant: «Je ne sais pas. C'est simplement plus fort que moi. Des fois, l'envie me prend, pas tellement à l'égard de petits garçons, mais plutôt à l'égard de petites filles.»

^h Jorgensen: «De quel âge?»

L'appellant: «Euh, cinq ou six ans. Je sais que j'ai besoin d'aide, seulement je ne sais pas comment l'obtenir.»

ⁱ Jorgensen: «Nous allons essayer de vous en procurer.»

À aucun moment antérieurement à cette conversation l'appellant n'a été informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Après sa conversation avec l'agent Jorgensen, il a été conduit au poste de police. Là il a été officiellement accusé de vaga-

to retain and instruct counsel. Later on the charges of assault and attempted sexual assault were added.

At trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of the conversation between the appellant and Constable Jorgensen. Defence counsel sought to have the evidence excluded on the basis that the appellant's right to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay had been infringed while he was detained in the patrol van.

Relevant Charter and Legislative Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

10. Everyone has the right on arrest or detention

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

24. . . .

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

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the

bondage et informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Les accusations de voies de fait et de tentative d'agression sexuelle ont été portées contre lui par la suite.

Au cours du procès, un voir-dire a été tenu pour déterminer l'admissibilité en preuve de la conversation survenue entre l'appellant et l'agent Jorgensen. L'avocat de la défense a cherché à obtenir l'exclusion de cette preuve pour le motif que l'appellant avait subi, pendant qu'il était détenu dans le fourgon cellulaire, une atteinte au droit d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

Les dispositions pertinentes de la Charte et d'autres lois

Charte canadienne des droits et libertés

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

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

24. . . .

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

Code Criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appellant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel:

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis

appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

Judgment of the Provincial Court of British Columbia

Greig Prov. Ct. J. admitted the evidence of the self-incriminating statements. His conclusions following the *voir dire* were as follows:

With regard to the argument as to admissibility on the basis that there was an infringement of his rights as guaranteed by the Charter, I agree that there was detention. The defendant was detained. I think on the evidence I would have to agree with the Prosecutor that it was a reasonable detention in the circumstance. It was furthermore, relatively brief, that is, the period during which he was detained and prior to being informed of his right to counsel.

Given all of the circumstances that were dealt with in the evidence that I heard on the *voir dire*, I am not convinced that it would be appropriate to exclude any part of that evidence given on the *voir dire*, and I am referring in particular to the statement, on the basis that to admit it would bring the administration of justice into disrepute.

During the trial, neither the appellant nor the complainants testified. The appellant was acquitted on the charges of simple assault but convicted on the two counts of attempted sexual assault. The court then granted an application by the Crown to have the appellant declared a dangerous offender pursuant to Part XXI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and the appellant was given an indeterminate sentence.

Judgment of the Court of Appeal of British Columbia ((1989), 70 C.R. (3d) 197)

The basis of the appeal before the Court of Appeal was the failure of the trial judge to exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter* in the face of an alleged violation of the s. 10(b) right to retain and instruct counsel and to be informed of that right.

In writing for the Court, Toy J.A. began by reviewing the trial judge's reasons, and in particular the

Décision de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique

Le juge Greig de la Cour provinciale a admis en preuve les déclarations incriminantes. À l'issue du *voir-dire*, il a tiré les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'argument alléguant l'inadmissibilité pour cause d'atteinte aux droits que lui garantit la Charte, je conviens qu'il y a eu détention. Le défendeur a été détenu. Au vu de la preuve, je crois devoir partager l'avis du poursuivant que cette détention était raisonnable dans les circonstances. Elle a été, en outre, de relativement courte durée, c'est-à-dire la période pendant laquelle il a été détenu et avant qu'il soit informé de son droit de consulter un avocat.

Compte tenu de toutes les circonstances se dégageant de la preuve que j'ai entendue lors du *voir-dire*, je ne suis pas convaincu qu'il y a lieu d'écarter, pour le motif que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, une partie quelconque de cette preuve produite dans le cadre du *voir-dire*, et je parle en particulier de la déclaration.

Ni l'appellant ni les plaignants n'ont témoigné au cours du procès. L'appellant a été acquitté relativement aux accusations de voies de fait simples, mais a été reconnu coupable des deux infractions de tentative d'agression sexuelle. La cour a ensuite fait droit à une requête du ministère public visant à faire déclarer l'appellant comme étant un délinquant dangereux, conformément à la partie XXI du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et l'appellant s'est vu infliger une peine de durée indéterminée.

Arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1989), 70 C.R. (3d) 197)

L'appel interjeté devant la Cour d'appel était fondé sur l'omission du juge du procès d'écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, en raison de l'atteinte qui aurait été portée au droit, garanti par l'al. 10b), d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit.

En rédigeant les motifs de la cour, le juge Toy a commencé par examiner les motifs du juge du procès

finding that the self-incriminating statement was voluntary and the detention "reasonable". He noted that the trial judge had provided no "realistic assessment of the evidence" upon which he based his conclusion that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. As well, he correctly emphasised that, although the lower court decision had been rendered before the Supreme Court's rulings in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the appellant was entitled to the benefit of the interpretation of his *Charter* rights as set out in those cases.

Toy J.A. then turned to the specific submissions of the appellant. First, he considered whether the detention had been a wilful or flagrant violation of s. 10(b). He held that the police officers in the case were unaware of their duties to inform the detainee of his right to counsel under the *Charter*. Toy J.A. noted that this Court's decision in *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, to the effect that investigative detentions were not detentions requiring persons to be advised of their right to counsel had not been challenged at the time of the arrest. As well, he agreed with the trial judge that the detention had been "reasonable and brief" considering that the police were attempting to question possible witnesses to the sexual assault of two children (at p. 204).

I consider that placing the accused in the patrol wagon was more appropriate than just leaving him standing beside the patrol wagon in full view of the four potential witnesses, which might seriously impair any defence that the accused might have had if identification was in issue at any subsequent trial he might have to face.

He concluded that the police had not acted deliberately or flagrantly in violation of the accused's s. 10(b) rights.

In his second submission, the appellant argued that the violation was not justified by urgency or necessity, and cited in support *Clarkson v. The Queen*,

et notamment sa conclusion que la déclaration incriminante était volontaire et la détention «raisonnable». Il a noté que le juge du procès n'avait fourni aucune [TRADUCTION] «appréciation réaliste des éléments de preuve» sur lesquels il a fondé sa conclusion que l'utilisation de ces éléments de preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. De même, le juge Toy a eu raison de souligner que, même si la décision de la cour d'instance inférieure avait été rendue antérieurement aux arrêts de la Cour suprême *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, l'appelant était tout de même en droit de bénéficier de l'interprétation donnée dans ces arrêts aux droits que lui reconnaît la *Charte*.

Le juge Toy a passé ensuite aux moyens précis invoqués par l'appelant. Examinant d'abord si la détention constituait une violation volontaire ou flagrante de l'al. 10b), il a jugé que les policiers en question ignoraient l'obligation qui leur incombait d'informer le détenu du droit à l'assistance d'un avocat, que lui garantissait la *Charte*. Le juge Toy a fait remarquer qu'au moment de l'arrestation en l'espèce, on n'avait pas contesté l'arrêt de notre Cour *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, dans lequel on a statué que les détentions aux fins d'enquête ne nécessitent pas que les personnes concernées soient informées de leur droit à l'assistance d'un avocat. De plus, il a partagé l'avis du juge du procès que la détention avait été «raisonnable et de courte durée» eu égard au fait que les policiers essayaient d'interroger d'éventuels témoins de l'agression sexuelle commise contre deux enfants (à la p. 204).

[TRADUCTION] Selon moi, il était préférable de placer le prévenu dans le fourgon cellulaire plutôt que de le laisser se tenir à côté du fourgon devant les quatre témoins éventuels, car cela aurait pu gravement compromettre tout moyen de défense dont le prévenu aurait pu se prévaloir si son identité avait été en cause lors de tout procès qu'il pourrait avoir à subir ultérieurement.

Le juge Toy a conclu que les policiers n'avaient pas commis de violation volontaire ou flagrante des droits dont jouit l'accusé aux termes de l'al. 10b).

Citant à l'appui l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, l'appelant a avancé comme deuxième moyen que la violation n'était justifiée ni

[1986] 1 S.C.R. 383. Toy J.A. distinguished *Clarkson*, saying that the case at bar bore more resemblance to *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, where police officers refused to allow the accused to telephone his lawyer until the police had the premises safely under control. He remarked that in the circumstances the police had to make "some very hasty decisions", and reiterated his conclusion that the detention in the patrol wagon was both reasonable and necessary.

Finally, the appellant claimed that the evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In response, Toy J.A. enumerated a series of factors which, in his opinion, were to be considered when deciding whether or not the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute. The factors were as follows:

1. The nature of the evidence (whether real or self-incriminating);
2. The existence of a *Charter* infringement under s. 10(b);
3. The seriousness of the violation;
4. The wilful or flagrant nature of the violation;
5. Circumstances of urgency or necessity;
6. Whether the evidence would have been obtained in any event;
7. The seriousness of the offence;
8. Whether the evidence is essential to substantiate the charge;
9. The availability of other remedies.

Toy J.A. determined that the consideration of these factors pointed toward the admission of the statement. The nature of the evidence, the existence of a s. 10(b) violation, and the lack of other available rem-

par l'urgence de la situation ni par la nécessité. Le juge Toy a fait une distinction d'avec l'arrêt *Clarkson* en affirmant que la présente affaire s'apparentait davantage à *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, dans laquelle des policiers ont refusé de permettre à l'accusé de téléphoner à son avocat tant qu'ils n'auraient pas la situation bien en main dans les locaux. Il a fait remarquer que les policiers étaient appelés, dans les circonstances, à prendre [TRADUCTION] «des décisions très rapides» et il a réitéré sa conclusion au caractère à la fois raisonnable et nécessaire de la détention dans le fourgon cellulaire.

Enfin, l'appelant a fait valoir que les éléments de preuve en cause auraient dû être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Toy a répondu en énumérant une série de facteurs à prendre en considération, d'après lui, pour décider si l'utilisation de certains éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il s'agit des facteurs suivants:

1. La nature de la preuve (preuve matérielle ou auto-incriminante);
2. L'existence d'une violation de l'al. 10b) de la *Charte*;
3. La gravité de la violation;
4. Le caractère volontaire ou flagrant de la violation;
5. L'existence d'une situation d'urgence ou de nécessité;
6. Si la preuve aurait été obtenue de toute façon;
7. La gravité de l'infraction;
8. S'il s'agit d'une preuve essentielle pour justifier l'accusation;
9. L'existence d'autres recours.

Le juge Toy a conclu qu'il ressortait de l'examen de ces facteurs qu'il y avait lieu d'admettre la déclaration en preuve. La nature de la preuve, l'existence d'une violation de l'al. 10b) et l'absence d'autres

edies argued for exclusion. As well, he noted that the evidence obtained as a result of the violation “substantially contributed to the findings of guilt in this case”. However, he repeated that the police had acted in good faith. And, while the situation may not have been urgent, “in my view, it was necessary to locate the accused in the patrol wagon while the brief interviewing process took place”. Toy J.A. added that the offence was serious not only for the accused but also for society. Finally, he asked (at p. 206):

Would the evidence have been obtained in any event? Probably, as if he [the accused] had been informed of his right to counsel when he was asked to sit in the patrol wagon, he would still have responded to Constable Jorgensen in the way that he did.

Taking the authorities and all of these factors into consideration, Toy J.A. concluded that the appeal from the trial judge’s decision to admit the evidence should be dismissed.

Issues

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Justice L’Heureux-Dubé, who deals extensively with the question of whether there was a detention that could give rise to a *Charter* violation. As I do not intend to discuss this question, a few remarks are in order.

In my view, the question of detention is not before us. This appeal was argued by the parties on the basis of a violation of s. 10(b) of the *Charter* which was conceded by the Crown. In his judgment on the *voir dire* at trial, as I mentioned above, Greig Prov. Ct. J. concluded there was a detention and *Charter* violation. This was accepted by the Court of Appeal. In that respect, Toy J.A. stated (at p. 202):

Counsel for the Crown conceded that the trial judge had correctly concluded that at the time when the con-

recours possibles militaient en faveur de son exclusion. De plus, il a constaté que la preuve obtenue par suite de la violation [TRADUCTION] «a largement contribué aux verdicts de culpabilité rendus en l’espèce». Toutefois, a-t-il répété, les policiers avaient agi de bonne foi et, même s’il ne s’agissait peut-être pas d’une situation d’urgence, selon lui [TRADUCTION] «il était nécessaire de mettre l’accusé dans le fourgon cellulaire pendant la courte durée des entretiens». Le juge Toy a ajouté qu’il s’agissait d’une infraction grave, non seulement pour l’accusé, mais aussi pour la société. Il a fini par poser la question suivante (à la p. 206):

[TRADUCTION] La preuve aurait-elle été obtenue de toute façon? Probablement, car s’il [l’accusé] avait été informé de son droit à l’assistance d’un avocat au moment où on lui a demandé de prendre place dans le fourgon cellulaire, il aurait encore répondu de la même façon à l’agent Jorgensen.

Tenant compte de la jurisprudence et de tous ces facteurs, le juge Toy a conclu qu’il y avait lieu de rejeter l’appel contre la décision du juge du procès d’utiliser les éléments de preuve en cause.

Les questions en litige

J’ai eu l’avantage de prendre connaissance des motifs de ma collègue le juge L’Heureux-Dubé, qui y fait une étude approfondie de la question de savoir s’il y a eu détention susceptible d’entraîner une violation de la *Charte*. Comme je ne me propose pas d’aborder cette question, quelques observations s’imposent.

À mon avis, nous ne sommes pas saisis de la question de la détention. Le ministère public reconnaît qu’il y a eu violation de l’al. 10b) de la *Charte* et c’est en fonction de cette violation que les parties ont débattu le présent pourvoi. Dans sa décision sur le *voir-dire* tenu au procès, le juge Greig a conclu, comme je l’ai déjà mentionné, qu’il y avait eu détention et violation de la *Charte*. Cette conclusion a été retenue par la Cour d’appel. Le juge Toy dit en effet à ce propos (à la p. 202):

[TRADUCTION] Le substitut du procureur général a convenu que le juge du procès avait conclu avec raison

versation took place between Constable Jorgensen and the accused, the accused was in fact detained.

Toy J.A. later found (at p. 204):

As the trial judge concluded, I too find that the détention was reasonable and brief. [Emphasis added.]

In proceedings before this Court, the Crown continued to acknowledge its concession although it did try to characterize the detention in the most favourable light. With that background and specific findings of the lower courts that there was a detention as conceded by the Crown, the sole issues before us are the application of s. 24(2) of the *Charter* and the Crown's alternative argument justifying the conviction which involves s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

To those issues, I shall now turn.

Analysis

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

Before this Court, the appellant has attacked four of the nine factors considered by the Court of Appeal in its formulation and application of the s. 24(2) test for the admission of evidence obtained in violation of s. 10(b) of the *Charter*. The attacked factors are (1) the seriousness of the *Charter* violation, (2) the circumstances of urgency or necessity, (3) the wilful or flagrant nature of the violation, and (4) the evidence would have been obtained in any event.

To put the specific submissions of the appellant in their proper context, I think it important to recall the approach taken by Lamer J. (as he then was) in *R. v. Collins*, *supra*, with respect to s. 24(2) of the *Charter*. Lamer J. reviewed the factors to be considered in determining whether the admission of evidence in proceedings would bring the administration of justice into disrepute. In his view, these factors could be divided into three groups based on their effect on the repute of the administration of justice. The first group

qu'au moment de la conversation entre l'agent Jorgensen et l'accusé, ce dernier était, en fait, détenu.

Plus loin, le juge Toy arrive à la conclusion suivante (à la p. 204):

[TRADUCTION] Tout comme le juge du procès, je conclus moi aussi qu'il s'agissait d'une détention raisonnable et de courte durée. [Je souligne.]

Pendant les débats devant notre Cour, le ministère public a continué à concéder ce point, bien qu'il ait tenté de présenter la détention sous le jour le plus favorable. Dans ce contexte et compte tenu des conclusions précises des tribunaux d'instance inférieure qu'il y a eu détention, ce que reconnaît d'ailleurs le ministère public, les seules questions dont nous sommes saisis sont celle de l'application du par. 24(2) de la *Charte* et celle soulevée par l'argument subsidiaire, fondé sur le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, qu'invoque le ministère public pour justifier la déclaration de culpabilité.

Ce sont ces questions que je vais maintenant aborder.

Analyse

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

Devant notre Cour, l'appellant a attaqué quatre des neuf facteurs pris en considération par la Cour d'appel dans sa formulation et son application du critère que pose le par. 24(2) pour l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en violation de l'al. 10(b) de la *Charte*. Les facteurs contestés sont (1) la gravité de la violation de la *Charte*, (2) l'existence d'une situation d'urgence ou de nécessité, (3) le caractère volontaire ou flagrant de la violation et (4) le fait que la preuve aurait été obtenue de toute façon.

Pour situer dans leur véritable contexte les arguments précis qu'a invoqués l'appellant, je crois qu'il importe de se rappeler l'approche adoptée par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, relativement au par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Lamer a passé en revue les facteurs à prendre en considération pour déterminer si l'utilisation de certains éléments de preuve, dans une instance, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. À son avis, ces facteurs peuvent se

of factors are those relating to the fairness of the trial. The second group relates to the seriousness of the *Charter* violations as shown by the conduct of the law enforcement authorities. The third group of factors deals with the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence even though it was obtained in violation of the *Charter*. Subsequent decisions of this Court have applied the approach of Lamer J.; see *R. v. Strachan*, *supra*, *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, and *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151.

I now return to the appellant's s. 24(2) submissions.

(1) The Seriousness of the Charter Violation

In the Court of Appeal, Toy J.A. wrote that "nothing of consequence flowed from the fact that the accused was being detained in the patrol wagon for a short period of time" (p. 206). On this basis he concluded that the violation of the appellant's rights was not serious. With respect, I disagree.

As mentioned, this Court in *Collins*, *supra*, discussed the seriousness of a violation as shown by the conduct of the law enforcement authorities as the second of three groups of factors to be used in determining whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Lamer J. said this at p. 285:

There are other factors which are relevant to the seriousness of the *Charter* violation and thus to the disrepute that will result from judicial acceptance of evidence obtained through that violation. As Le Dain J. wrote in *Therens*, *supra*, at p. 652:

The relative seriousness of the constitutional violation has been assessed in the light of whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant. Another relevant consideration is whether the action which constituted the constitu-

diviser en trois groupes selon leur effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Le premier groupe englobe les facteurs liés à l'équité du procès. Le deuxième groupe touche la gravité des violations de la *Charte*, qui ressort de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi. Le troisième groupe de facteurs concerne la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion des éléments de preuve même s'ils ont été obtenus d'une manière contraire à la *Charte*. L'approche du juge Lamer a été appliquée dans des arrêts subséquents de notre Cour; voir *R. c. Strachan*, précité, *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, et *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

Revenons maintenant aux arguments de l'appelant fondés sur le par. 24(2).

(1) La gravité de la violation de la Charte

En Cour d'appel, le juge Toy a écrit que [TRADUCTION] «le fait que l'accusé a été détenu dans le fourgon cellulaire pendant une courte période ne tirait pas à conséquence» (p. 206). Sur ce fondement, il a conclu que la violation des droits de l'appelant n'avait rien de grave. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

Comme je l'ai déjà mentionné, notre Cour, dans l'arrêt *Collins*, précité, considère la gravité d'une violation, qui ressort de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi, comme le deuxième de trois groupes de facteurs à retenir pour déterminer s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Lamer affirme, à la p. 285:

D'autres facteurs touchent à la gravité de la violation de la *Charte* et donc à la déconsidération qu'entraînera l'acceptation par les juges d'éléments de preuve obtenus de cette façon. Comme le juge Le Dain l'a écrit dans l'arrêt *Therens*, précité, à la p. 652:

La gravité relative d'une violation de la Constitution a été évaluée en fonction de la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délibérée, volontaire ou flagrante. Un autre facteur pertinent consiste à déterminer si cette violation a

tional violation was motivated by urgency or necessity to prevent the loss or destruction of the evidence.

I should add that the availability of other investigatory techniques and the fact that the evidence could have been obtained without the violation of the *Charter* tend to render the *Charter* violation more serious. We are considering the actual conduct of the authorities and the evidence must not be admitted on the basis that they could have proceeded otherwise and obtained the evidence properly. In fact, their failure to proceed properly when that option was open to them tends to indicate a blatant disregard for the *Charter*, which is a factor supporting the exclusion of the evidence.

The measure of seriousness, then, is a function of the deliberate or non-deliberate nature of the violation by the authorities, circumstances of urgency and necessity, and other aggravating or mitigating factors.

In my view, the error by the Court of Appeal was its focus on the length of the detention. It is the fact that the police obtained evidence from a detained person prior to fulfilling their responsibilities under s. 10(b) which is important, not the relatively short period of time during which the appellant was detained. The violation of s. 10(b) arose when Constable Jorgensen began to question the appellant without advising him that he could retain a lawyer. The appellant was not even told that he had the right to remain silent and that anything he might say could be used against him.

In this light, it is clear that the violation of the appellant's rights was serious. The appellant was denied access to counsel or even the opportunity to take refuge in silence at the very moment when he could have most benefited from the exercise of these rights. The police obtained a statement which the Court of Appeal acknowledged contributed "substantially" to his conviction. Finally, the self-incriminating evidence was used to provide a nexus to similar fact evidence regarding the appellant's previous conviction for child molesting. The similar fact evidence was the basis of the appellant's indeterminate sentence as a dangerous offender.

été motivée par l'urgence de la situation ou par la nécessité d'empêcher la perte ou la destruction de la preuve.

a Je dois ajouter que l'existence d'autres méthodes d'enquête et le fait que la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte* tendent à aggraver les violations de la *Charte*. Nous examinons la conduite réelle des autorités et les éléments de preuve ne doivent pas être admis pour le motif que les autorités auraient pu procéder autrement et ainsi obtenir la preuve de façon régulière. D'ailleurs le fait de ne pas avoir procédé régulièrement lorsque cette possibilité leur était offerte tend à démontrer un mépris flagrant de la *Charte*, ce qui est un facteur en faveur de l'exclusion de la preuve.

c La gravité tient donc au caractère délibéré ou non de la violation commise par les autorités, à l'existence d'une situation d'urgence et de nécessité, ainsi qu'à la présence d'autres facteurs aggravants ou atténuants.

e À mon avis, la Cour d'appel a eu tort de s'arrêter à la durée de la détention. Ce qui importe c'est que les policiers ont obtenu des éléments de preuve d'un détenu avant de s'acquitter des obligations que leur impose l'al. 10b), et non pas la durée relativement courte de la détention de l'appelant. Il y a eu violation de l'al. 10b) dès que l'agent Jorgensen s'est mis à interroger l'appelant sans l'informer qu'il pouvait avoir recours à l'assistance d'un avocat. On ne lui a même pas dit qu'il avait le droit de garder le silence et que tout ce qu'il pourrait dire pourrait servir de preuve contre lui.

g Dans cette optique, il est clair que la violation des droits de l'appelant était grave. Ce dernier s'est vu refuser la possibilité de consulter un avocat ou même de garder le silence au moment même où l'exercice de ces droits lui aurait profité le plus. La police a obtenu une déclaration qui, la Cour d'appel l'a reconnu, a «largement» contribué au verdict de culpabilité rendu contre l'appelant. Finalement, la preuve auto-incriminante a été utilisée pour former un lien avec une preuve de faits similaires relativement à la condamnation antérieure de l'appelant pour agression sexuelle contre des enfants. C'est sur la preuve de faits similaires qu'a été fondée la peine de durée indéterminée prononcée contre l'appelant en tant que délinquant dangereux.

(2) Circumstances of Urgency or Necessity

Toy J.A. concluded that the detention of the appellant was necessary if not urgent. He stated at pp. 204-5:

The next factor to be considered is the submission of the accused's counsel that there was no urgency or necessity to detain the accused in the fashion they did. Here counsel for the accused relies on the reasoning in *Clarkson*, supra. In my view, the circumstances are substantially different. Here the two police officers were faced with a complaint of possible child molesting that had just taken place, and they were required to make some very hasty decisions. They had four potential witnesses to immediately question, and a suspect under their control. In my view, it would have been unreasonable to expect the police officers to immediately release the suspect and let him go his way and then commence investigating the stories of the four witnesses. The situation these police officers found themselves in was something akin to the situation in *R. v. Strachan*, supra, where the police officers refused to allow the accused to telephone his lawyer until the police had the premises safely under control.

Under the circumstances, it is my view that the police officers did what was not only reasonable but necessary in placing the accused in the patrol wagon for a short period of time to maintain control over the accused until their questioning of the witnesses was concluded and at the same time to remove him from the continued surveillance of four prospective witnesses.

It may have been reasonable and necessary to place the accused in the patrol wagon but the question is whether it was necessary to violate the appellant's *Charter* right in the circumstances.

Once again, the court below mistakenly focussed on the detention rather than on the questioning of the appellant. If circumstances of urgency or necessity are to be a mitigating factor, they must go to the need to obtain information right away prior to advising the suspect of his or her rights to retain and instruct counsel, rather than the need to restrict a suspect's movements by detention or arrest. As this Court concluded in *Clarkson*, supra, and more recently in

(2) La situation d'urgence ou de nécessité

Le juge Toy de la Cour d'appel a conclu que la détention de l'appelant était nécessaire, voire même urgente. Il dit en effet, aux pp. 204 et 205:

[TRADUCTION] Il faut ensuite prendre en considération l'argument de l'avocat de l'accusé selon lequel il n'y avait pas de situation d'urgence ou de nécessité qui justifiait que l'accusé soit soumis à ce genre de détention. L'avocat de l'accusé se fonde là sur le raisonnement suivi dans l'arrêt *Clarkson*, précité. À mon avis, les circonstances sont sensiblement différentes. En l'espèce, les deux policiers se trouvaient en présence d'une plainte selon laquelle une agression sexuelle venait peut-être d'avoir été commise contre des enfants et ils étaient obligés de prendre des décisions très rapides. Ils avaient quatre témoins éventuels à interroger immédiatement et un suspect sous leur garde. Il eût été déraisonnable, selon moi, de s'attendre à ce que les policiers laissent partir le suspect en le remettant tout de suite en liberté et qu'ils commencent alors à recueillir les récits des quatre témoins. Les policiers en l'espèce se sont trouvés dans une situation à peu près analogue à celle qui se présentait dans l'affaire *R. c. Strachan*, précitée, où les policiers ont refusé de permettre à l'accusé de téléphoner à son avocat tant qu'ils n'avaient pas la situation bien en main dans les locaux.

Je crois que, dans les circonstances, les policiers ont fait ce qui était non seulement raisonnable mais nécessaire en mettant le prévenu dans le fourgon cellulaire pendant une courte période afin qu'il reste sous leur garde jusqu'à la fin de l'interrogatoire des témoins et, en même temps, afin de le soustraire à l'observation soutenue de quatre témoins éventuels.

Il se peut en effet qu'il ait été raisonnable et nécessaire de placer l'accusé dans le fourgon cellulaire, mais la question est de savoir s'il était nécessaire, dans les circonstances, de violer le droit garanti à l'appelant par la *Charte*.

Je le répète, la Cour d'appel s'est concentrée à tort sur la détention plutôt que sur l'interrogatoire de l'appelant. Pour que l'urgence de la situation ou la nécessité constituent des facteurs atténuants, elles doivent procéder de la nécessité d'obtenir des renseignements sans délai, avant d'informer le suspect de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, plutôt que de la nécessité de recourir à la détention ou à l'arrestation pour limiter les déplacements du suspect.

Black, supra, the urgency of detention should not be used as an excuse to violate the right to counsel if there is no need to question the accused immediately.

In this case, there was no urgency or necessity that would have prevented compliance with s. 10(b). At trial, police officers Jorgensen and Randhawa testified that they were unsure whether they would charge the appellant with any offence until after they obtained the incriminating statement. This seems odd in light of the fact that by that time they had interviewed both the adult witnesses and the complainants, and they had informed the appellant that they were investigating a possible child molesting. But even if the police genuinely had not decided whether to arrest the appellant when he was questioned, this circumstance of uncertainty falls short of urgency or necessity. The Crown did not produce any explanation or evidence to show why the police could not have waited to question the accused.

(3) The Wilful or Flagrant Nature of the Violation

The Court of Appeal considered that the police had acted in good faith. Toy J.A. noted that the arrest of the appellant took place before this Court had elaborated the concept of detention under s. 10(b) of the *Charter*. He determined that nothing on the record showed that the police were aware of an obligation to advise the appellant of his right to counsel.

However, the Crown tendered no evidence to show that Constables Jorgensen and Randhawa were ignorant of their responsibilities under s. 10(b) or that they had determined in their own minds that this was merely an "investigative" detention. It should be remembered that not only did the officers fail to advise the appellant of his right to counsel, but they also failed to give him the common law caution regarding the right to remain silent.

Comme l'a conclu notre Cour dans l'arrêt *Clarkson*, précité, et plus récemment, dans l'arrêt *Black*, précité, l'urgence de la détention ne devrait pas servir de prétexte pour violer le droit à l'assistance d'un avocat dans un cas où il n'est nullement nécessaire d'interroger le prévenu immédiatement.

En l'espèce, il n'existait aucune situation d'urgence ni aucune nécessité qui aurait empêché que l'on se conforme à l'al. 10b). Au procès, les agents Jorgensen et Randhawa ont témoigné que, jusqu'à ce qu'ils obtiennent la déclaration incriminante, ils n'étaient pas sûrs de porter une accusation quelconque contre l'appelant. Cela paraît étrange compte tenu du fait qu'ils avaient alors déjà interrogé les deux témoins adultes et les plaignants et qu'ils avaient dit à l'appelant qu'ils enquêtaient sur un cas possible d'agression sexuelle contre des enfants. Mais même si, au moment de l'interroger, les policiers n'avaient vraiment pas décidé d'arrêter l'appelant, cette indécision ne constitue pas une situation d'urgence ou de nécessité. Le ministère public n'a présenté aucune explication ni aucun élément de preuve démontrant pourquoi les policiers n'auraient pas pu attendre pour interroger l'accusé.

(3) Le caractère volontaire ou flagrant de la violation

D'après la Cour d'appel, les policiers ont agi de bonne foi. Le juge Toy a fait remarquer que l'arrestation de l'appelant était intervenue avant que notre Cour étudie dans tous ses détails la notion de détention au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Il a décidé que rien dans le dossier ne démontrait que les policiers étaient conscients qu'il leur incombait d'informer l'appelant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Le ministère public n'a toutefois produit aucun élément de preuve établissant que les agents Jorgensen et Randhawa ignoraient les responsabilités que leur imposait l'al. 10b) ou qu'ils avaient décidé dans leur esprit qu'il s'agissait simplement d'une détention «aux fins d'enquête». On doit se rappeler que les policiers ont omis non seulement d'informer l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat, mais aussi de lui faire la mise en garde de common law concernant son droit de garder le silence.

Even if the good faith of the police officers were definitively established, it should not have been considered by the Court of Appeal as a mitigating factor in the violation of the appellant's rights. Sopinka J. made the following comments in another s. 10(b) case, *Hebert, supra*, at pp. 207-8:

As Lamer J. pointed out in *Collins*, any impingement on trial fairness strikes at the heart of the reputation of the administration of justice. But the Crown has submitted in the present case that the good faith of the police officers who arranged for the deception of the appellant . . . is a significant factor in favour of receiving the evidence. For myself, I fail to see how the good faith or otherwise of the investigating officers can cure, so to speak, an unfair trial. . . . It seems odd indeed to assert that evidence the admission of which would render a trial unfair ought to be admitted because the police officer thought he was doing his job. From the accused's perspective (whose trial is *ex hypothesi* proceeding unfairly), it makes little difference that the police officer has a clean conscience in the execution of his duty.

In other words, the bad faith of the police may strengthen the case for exclusion because, as Lamer J. points out in *Collins, supra*, it may tend to show a "blatant disregard for the Charter". However, the good faith of police will not strengthen the case for admission to cure an unfair trial. The fact that the police thought they were acting reasonably is cold comfort to an accused if their actions result in a violation of his or her right to fair criminal process.

(4) The Evidence Would Have Been Obtained in Any Event

The Court of Appeal concluded that the admission of the statement would not greatly prejudice the appellant because self-incriminating evidence probably would have been obtained from him even if the police had complied with s. 10(b) of the *Charter*.

In *Black, supra*, Wilson J. said the following at pp. 153-54:

The Crown argued that, despite the change in the charge, the preliminary legal advice which the appellant

Même à supposer que la bonne foi des policiers ait été établie de façon concluante, la Cour d'appel n'aurait pas dû la considérer comme un facteur atténuant la violation des droits de l'appellant. Dans l'affaire *Hebert*, précitée, qui porte elle aussi sur l'al. 10b), le juge Sopinka fait les observations suivantes, aux pp. 207 et 208:

Comme le juge Lamer l'a souligné dans l'arrêt *Collins*, toute entorse à l'équité du procès porte atteinte au cœur même de la considération dont jouit l'administration de la justice. Mais le ministère public a soutenu en l'espèce que la bonne foi des policiers qui ont dupé l'appellant [. . .] est un facteur important en faveur de l'utilisation de la preuve. Quant à moi, je ne vois pas comment la bonne foi des policiers enquêteurs peut, disons, remédier à un procès inéquitable [. . .] Il semble d'ailleurs étrange d'affirmer que la preuve dont l'utilisation rendrait le procès inéquitable devrait être admise parce que le policier croyait faire son travail. Du point de vue de l'accusé (dont le procès se déroule par hypothèse de façon inéquitable), cela ne change rien que l'agent de police ait la conscience en paix dans l'exécution de ses fonctions.

En d'autres termes, la mauvaise foi de la police peut militer en faveur de l'exclusion parce que, comme l'indique le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*, précité, elle peut tendre à démontrer un «mépris flagrant de la Charte». La bonne foi de la police ne militera cependant pas en faveur de l'utilisation de la preuve obtenue pour remédier à un procès inéquitable. Le fait que les policiers croyaient agir raisonnablement n'a guère de quoi consoler un accusé si, par suite de leurs actes, il subit une atteinte à son droit à l'équité du processus criminel.

(4) La preuve aurait été obtenue de toute façon

La Cour d'appel a conclu que l'utilisation de la déclaration ne s'avérerait pas très préjudiciable à l'appellant parce qu'il aurait probablement fourni des éléments de preuve incriminants même si les policiers s'étaient conformés à l'al. 10b) de la *Charte*.

Dans l'affaire *Black*, précitée, le juge Wilson affirme, aux pp. 153 et 154:

La poursuite soutient que, malgré le changement apporté à l'accusation, l'avis juridique préalable que

received might well have been unchanged. This may be so. On the other hand, given the differences in the charges as discussed above, to conclude that the advice would inevitably have been the same is sheer conjecture. In my opinion, it is improper for a court to speculate about the type of legal advice which would have been given had the accused actually succeeded in contacting counsel after the charge was changed. . . . Such reasoning runs directly afoul of this Court's judgments in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *Trask v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 655. It also totally defeats the purpose of s. 10(b). [Emphasis in original.]

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

Conclusions

The nature of the crime, the involvement of young children, and the appellant's record make this a serious and difficult case. It is clear that the appellant's s. 10(b) rights were violated. However, the courts below were correct in concluding that the police had to make some very hasty decisions. It also appears from the evidence that the inculpatory statement made by the appellant was not the result of harsh interrogation, but rather the somewhat unexpected reply to a simple question. After the appellant made the admission, the police made no attempt to elicit further information from him before he was taken to the station and formally charged.

However, the Court of Appeal used the wrong criteria for admission of the evidence in this case, and misapplied them. More fundamentally, it misunderstood the nature of the test under s. 24(2) of the

l'appelante a reçu aurait bien pu ne pas changer. Il est possible que ce soit vrai. D'autre part, à cause des différences qui existent entre les accusations et dont j'ai déjà fait état, conclure que l'avis juridique aurait forcément été le même relève de la plus pure conjecture. À mon avis, il ne convient pas qu'une cour de justice se demande quel genre d'avis juridique aurait été donné si l'accusée avait réussi à communiquer avec son avocat après le changement de l'accusation [. . .] Ce raisonnement va directement à l'encontre des arrêts de cette Cour *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et *Trask c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655. De plus, il contrecarre totalement l'objet de l'al. 10b). [Souligné dans l'original.]

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

Conclusions

La nature du crime, le fait qu'il soit question d'enfants en bas âge ainsi que le casier judiciaire de l'appelant aggravent et compliquent la présente affaire. Il est clair qu'il y a eu violation des droits conférés à l'appelant par l'al. 10b). C'est avec raison toutefois que les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que les policiers avaient à prendre des décisions très rapides. En outre, il ressort de la preuve que la déclaration incriminante n'a pas été arrachée à l'appelant au moyen d'un interrogatoire rigoureux, mais qu'elle constituait la réponse, plutôt inattendue, à une question simple. Après que l'appelant eut fait son aveu, les policiers n'ont pas tenté d'obtenir de lui d'autres renseignements avant de l'emmener au poste de police pour l'inculper officiellement.

Il reste cependant que la Cour d'appel s'est servie, en l'espèce, des mauvais critères pour décider de l'admissibilité des éléments de preuve en cause et qu'elle a mal appliqué ces critères. De façon plus fondamentale, elle a mal saisi la nature du critère à utiliser aux fins du par. 24(2) de la *Charte*. Comme

Charter. As Sopinka J. wrote in *Hebert*, *supra*, at pp. 207-8:

This Court's cases on s. 24(2) point clearly, in my opinion, to the conclusion that where impugned evidence falls afoul of the first set of factors set out by Lamer J. in *Collins* (trial fairness), the admissibility of such evidence cannot be saved by resort to the second set of factors (the seriousness of the violation). These two sets of factors are alternative grounds for the exclusion of evidence, and not alternative grounds for the admission of evidence. [Emphasis in original.]

The Court of Appeal's balancing of all the various factors arguing for admission or exclusion is contrary to the approach to s. 24(2) suggested by this Court in *Collins* and subsequent cases. A violation of rights which jeopardizes the fairness of the trial cannot be "saved" by mitigating factors (such as the good faith of the police). It can, however, be worsened by aggravating factors (such as a lack of urgency or necessity).

It is well established that the test for the admissibility of self-incriminating evidence under s. 24(2) is more stringent than the test for real evidence. This is so because the former is directly related to the *Charter* violation and its admission would dramatically affect the presumption of innocence of the accused and also affect his or her right not to testify. A series of decisions by this Court, beginning notably with *Collins*, makes it clear that the exclusion of inculpatory statements obtained in violation of s. 10(b) should be the rule rather than the exception. McLachlin J. most recently wrote in *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 896:

Generally speaking, the use of an incriminating statement, obtained from an accused in violation of his rights, results in unfairness because it infringes his privilege against self-incrimination and does so in a most prejudicial way—by supplying evidence which would not be otherwise available . . .

l'écrit le juge Sopinka dans l'affaire *Hebert*, précitée, aux pp. 207 et 208:

À mon avis, la jurisprudence de notre Cour sur le par. 24(2) permet de conclure clairement que lorsque la preuve contestée se heurte à la première série de facteurs énoncés par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins* (l'équité du procès), l'admissibilité de cette preuve ne peut être sauvegardée par un recours à la deuxième série de facteurs (la gravité de la violation). Ces deux séries de facteurs sont des moyens facultatifs d'écarter la preuve et non des moyens facultatifs d'admettre la preuve. [Souligné dans l'original.]

Le fait que la Cour d'appel ait soupesé chacun des différents facteurs militant en faveur de l'admission ou de l'exclusion va à l'encontre de la façon d'aborder le par. 24(2) que propose notre Cour dans l'arrêt *Collins* et dans des arrêts subséquents. La violation de droits qui compromet l'équité du procès ne saurait «être sauvegardée» par l'existence de facteurs atténuants (comme la bonne foi des policiers). La violation peut, par contre, être empirée par des facteurs aggravants (tels que l'absence de situation d'urgence ou de nécessité).

Il est bien établi que le critère applicable pour déterminer, aux fins du par. 24(2), l'admissibilité d'une preuve auto-incriminante est plus strict que celui qui s'applique à la preuve matérielle. Cela s'explique par le fait qu'il existe un lien direct entre le premier genre de preuve et la violation de la *Charte* et que son admission aurait un effet dramatique sur la présomption d'innocence de l'accusé ainsi qu'une incidence sur son droit de ne pas témoigner. À commencer notamment par l'arrêt *Collins*, une série d'arrêts de notre Cour établissent clairement que l'exclusion de déclarations incriminantes obtenues en violation de l'al. 10(b) devrait être la règle plutôt que l'exception. Le juge McLachlin écrivait tout récemment dans l'arrêt *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 896:

D'une manière générale, l'utilisation d'une déclaration incriminante obtenue d'un accusé en violation de ses droits entraîne une injustice parce qu'elle viole son droit de ne pas témoigner contre lui-même et qu'elle le fait de la façon la plus préjudiciable qui soit, c'est-à-dire en fournissant une preuve qui autrement n'aurait pas existé . . .

In this case, the Court of Appeal listed the self-incriminating nature of the evidence obtained in violation of s. 10(b) as just one factor among many to be considered in admission. A proper approach would have been premised on the principle that, as a general rule, such evidence is not admissible because it would adversely affect the fairness of the trial and bring the administration of justice into disrepute.

B. Section 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code

In its oral argument before this Court, the Crown urged that, even though the Court of Appeal used the wrong test, it achieved the right result. Counsel argued that all the other evidence in the case, such as the eye-witness testimony, the attempted flight of the appellant from the park, and the similar fact evidence adduced at trial, produced an "irresistible inference" of the appellant's guilt. Even in the absence of the admission of the self-incriminating statement, the appellant would have been convicted. As a result, the appeal should be dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* on the grounds that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. I do not agree.

I find the Crown's resort to the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) somewhat disturbing in a case of this kind. If the evidence in question should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* because its admission would put the administration of justice into disrepute, then generally its admission was such as to amount to a substantial wrong or miscarriage of justice thereby putting matters beyond the reach of s. 686(1)(b)(iii), which is available to cure errors of law where no substantial wrong or miscarriage of justice results. Consequently, s. 686(1)(b)(iii) is not available in this case. This is not to say that there may not be other circumstances where the curative provision could apply notwithstanding that evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

En l'espèce, la Cour d'appel a mentionné la nature incriminante de la preuve obtenue en violation de l'al. 10b) comme ne représentant qu'un facteur parmi tant d'autres à prendre en considération pour décider de son admissibilité. Or, il aurait fallu plutôt partir du principe selon lequel, en règle générale, une telle preuve est inadmissible du fait qu'elle nuirait à l'équité du procès et qu'elle déconsidérerait l'administration de la justice.

B. Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) du Code criminel

Dans son argumentation orale devant notre Cour, le ministère public a fait valoir que, même si elle a appliqué le mauvais critère, la Cour d'appel est quand même arrivée au bon résultat. Le substitut du procureur général a fait valoir en effet que tous les autres éléments de preuve produits en l'espèce, notamment les dépositions des témoins oculaires, la tentative de l'appelant de s'enfuir du parc et la preuve de faits similaires présentée au procès, font naître une [TRANSDUCTION] «présomption irrésistible» de culpabilité de l'appelant. L'appelant aurait été reconnu coupable même si la déclaration incriminante n'avait pas été admise en preuve. Par conséquent, le pourvoi devrait être rejeté en vertu du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* pour le motif qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits. Je ne souscris pas à ce point de vue.

Je trouve quelque peu inquiétant, dans une affaire du genre de celle qui nous occupe, que le ministère public ait recours à la disposition réparatrice qu'est le sous-al. 686(1)b)(iii). Si la preuve en cause avait dû être écartée, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que son utilisation aurait été susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, alors, en règle générale, cette utilisation constituerait un tort important ou une erreur judiciaire grave, ce qui entraînerait l'inapplicabilité du sous-al. 686(1)b)(iii) qui est destiné à réparer les erreurs de droit dans les cas où il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. Par conséquent, le sous-al. 686(1)b)(iii) ne s'applique pas en l'espèce. Ce qui ne veut pas dire qu'il ne peut y avoir d'autres circonstances où la disposition réparatrice pourrait s'appliquer malgré le fait que des éléments de preuve auraient dû être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

This argument also comes dangerously close to the reasoning of the Court of Appeal when it concluded that self-incriminating evidence probably would have been obtained in the absence of the s. 10(b) violation. Such speculation is unwarranted, and defeats the purpose of enshrined *Charter* rights. In any event, had evidence of the self-incriminating statement been excluded, it is entirely possible that the defence strategy would have been different. For example, the appellant might have testified. Moreover, it is arguable that the similar fact evidence of the appellant's previous conviction would not have been admitted had the impugned statement been excluded. It can therefore hardly be said that, as submitted by the Crown, the verdict would necessarily have been the same without that evidence.

In short, I reject the Crown's arguments based on s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

Disposition

For all these reasons, I would allow the appeal and order a new trial on the two counts of attempted sexual assault.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the opportunity to read the opinion of my colleague, Justice Iacobucci. With great deference I must disagree with him, not only with respect to the result he reaches but also with respect to the identification of the central issue in this case.

The following questions were put to us in this appeal:

1. Whether the Court of Appeal erred in their interpretation and application of a number of the factors relevant to the application of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
2. Whether the Court of Appeal erred in speculating that, if the police had not violated the appellant's rights under s. 10(b) and had advised him of his

De plus, cet argument se rapproche dangereusement du raisonnement suivi par la Cour d'appel quand elle a conclu qu'une preuve auto-incriminante aurait probablement été obtenue en l'absence de la violation de l'al. 10b). C'est là de la conjecture injustifiée qui, en outre, contrecarre l'objet de droits consacrés dans la *Charte*. De toute façon, si la déclaration incriminante avait été écartée comme élément de preuve, il est tout à fait possible que la défense aurait adopté une stratégie différente. Par exemple, l'appellant aurait peut-être témoigné. On peut aussi soutenir que la preuve de faits similaires relativement à la condamnation antérieure de l'appellant n'aurait pas été admise si la déclaration contestée avait été écartée. Par conséquent, on ne saurait guère prétendre, comme l'a fait le ministère public, que le verdict aurait nécessairement été le même en l'absence de cet élément de preuve.

Bref, je rejette les arguments du ministère public fondés sur le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*.

Dispositif

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement aux deux accusations de tentative d'agression sexuelle.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci, et je dois, avec égards, inscrire ma dissidence non seulement en ce qui concerne le résultat auquel il en arrive mais aussi quant à la véritable question au cœur de ce litige.

Les questions suivantes nous ont été adressées dans le cadre du présent pourvoi:

1. La Cour d'appel a-t-elle erré dans son interprétation et dans son application d'un certain nombre de facteurs pertinents à l'application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. La Cour d'appel a-t-elle erré en supposant que, si la police n'avait pas violé les droits dont jouit l'appellant aux termes de l'al. 10b) et si elle

right to retain and instruct counsel, he probably would still have provided the incriminating statement.

Unlike my colleague, however, I believe that the underlying and primary issue, indeed the only issue, concerns the point at which someone is "detained" for the purposes of the s. 10(b) *Charter* guarantee which I reproduce for the sake of convenience:

10. Everyone has the right on arrest or detention

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

In other words, I see the crux of this case as the prior question of whether there was, in fact, a violation of the appellant's s. 10(b) rights. For the reasons which follow, I conclude that no such violation occurred.

At the outset, a preliminary matter warrants clarification. The focus at trial was on the "arbitrary detention" of the appellant. This explains both the way that the cross-examination of the witnesses was conducted and the Court of Appeal's discussion of that issue. Before us that argument was abandoned since it was agreed that no arbitrary detention had occurred in the circumstances of this case. For our purposes then, the only violation alleged by the appellant was that of his right to be informed of his right to counsel as guaranteed in s. 10(b).

At this point I also wish to mention that I can only disagree with Iacobucci J.'s view that the issue of whether or not there had been a violation of s. 10(b) is not one which this Court ought to discuss given the Crown's concession that the appellant was detained. Clearly the fact that an issue is conceded below means nothing in and of itself: *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1479-82. And, while the pleadings were ambivalent on the issue, in oral argument before us Mr. Mulligan for the Crown invited us to find that although Elshaw may have been "detained" in a tech-

l'avait informé de son droit à l'assistance d'un avocat, il est probable que l'appelant aurait quand même fait la déclaration incriminante?

À la différence de mon collègue, toutefois, je crois que la question fondamentale, et en fait l'unique question en litige, concerne le moment précis à partir duquel une personne est «détenue» aux fins de la garantie énoncée à l'al. 10b) de la *Charte*, que, par souci de commodité, je reproduis ici:

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

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

En d'autres termes, le nœud de la présente affaire réside, selon moi, dans la question préalable de savoir s'il y a eu effectivement violation des droits reconnus à l'appelant par l'al. 10b). Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que non.

Il y a lieu, dès le départ, d'élucider un point préliminaire. Au procès, les débats ont porté sur la [TRADUCTION] «détention arbitraire» de l'appelant. Cela explique à la fois la façon dont a été mené le contre-interrogatoire des témoins et l'analyse de cette question par la Cour d'appel. Devant nous, cet argument a été abandonné puisque les parties ont convenu que, dans les circonstances de la présente affaire, aucune détention arbitraire n'avait eu lieu. Donc, pour nos fins, l'unique violation alléguée par l'appelant est celle de ne pas avoir été informé de son droit à l'assistance d'un avocat, droit que lui garantit l'al. 10b).

À ce stade, je tiens également à souligner que je ne puis partager l'avis du juge Iacobucci que la question de savoir s'il y a eu violation de l'al. 10b) n'en est pas une que la Cour devrait analyser étant donné que le ministère public a reconnu que l'appelant était détenu. Il est évident qu'un aveu fait devant une instance inférieure ne signifie rien en soi: *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1479 à 1482. Bien que le mémoire ait été ambigu à ce sujet, le substitut du procureur général, M^e Mulligan, nous a invités, dans sa plaidoirie orale, à conclure que, même si Elshaw peut avoir été «détenu» en

nical sense, such “detention” was not one which would entail the full application of the appellant’s s. 10 rights. This, in my view, renders the issue a live one. In his argument Mr. Mulligan urged us at the hearing to apply common sense and practicality to the issues bearing on this case. Too technical an approach would, in his view, defeat any possibility for the police to pursue the proper and necessary investigation of a crime. I agree with the Crown’s submission in this regard as did both the trial judge and the Court of Appeal.

Before entering into a discussion of these issues, it is important to recall the precise circumstances under which the appellant made the statements in question.

The Facts

The appellant was convicted of two counts of attempted sexual assault. The two counts arose out of an incident at a park involving two young boys. On May 22, 1984, at approximately 5:00 p.m. the witnesses, D. W. and L. W., were working in their garden. D. W. looked up from what he was doing to talk to L. W. when he noticed a man leading a young boy, D. T., into a set of bushes which bordered on their property. Thinking this strange, he asked L. W. to go nearer to the bushes in case she could hear anything. She moved closer and was able to hear the man say to the boy, “Let’s keep it our secret, it will be our little secret.” D. W. went next door to his mother’s residence to seek her advice on the matter and she advised that he call the police. He promptly did so. At this point D. W. went out to the street to wait for the police while L. W. and D. W.’s mother approached the bushes. They heard another little boy, H. W., calling D. T. The latter responded: “I’m up here, I’ll be down in a minute”. As they peered through the bushes L. W. was able to see the appellant sitting on his side and “wrapped around” D. T. After D. T. left the appellant, H. W. entered the bushes. The two women again heard him requesting the boy to “keep it our little secret”. As they approached, the appellant left the scene.

principe, pareille «détention» n’en était pas une susceptible d’entraîner l’application intégrale des droits que l’art. 10 confère à l’appelant. Ceci, à mon avis, fait que la question est encore d’actualité. Dans son plaidoyer, M^e Mulligan nous a pressés de faire preuve de bon sens et d’esprit pratique en abordant les questions soulevées par ce litige. D’après lui, une approche trop théorique mettrait la police dans l’impossibilité d’effectuer les enquêtes appropriées et nécessaires à la détection d’un crime. Je retiens l’argument du ministère public à cet égard, comme l’ont fait également le juge du procès et la Cour d’appel.

Avant d’entamer l’étude de ces questions, il importe de préciser les circonstances dans lesquelles l’appelant a fait les déclarations en cause.

Les faits

L’appelant a été déclaré coupable relativement à deux accusations de tentative d’agression sexuelle. Ces accusations découlaient d’un incident survenu dans un parc et mettant en cause deux jeunes garçons. Le 22 mai 1984, vers 17 h, les témoins D. W. et L. W. travaillaient dans leur jardin. D. W. a levé les yeux pour adresser la parole à L. W. et c’est alors qu’il a aperçu un homme qui conduisait un jeune garçon, D. T., dans des buissons qui bordaient leur propriété. Trouvant cela étrange, il a demandé à L. W. de se rendre plus près des buissons pour voir si elle pouvait entendre quoi que ce soit. Elle s’est approchée et a pu entendre l’homme dire au garçonnet [TRADUCTION] «Gardons ça secret. Ce sera notre petit secret.» Quant à D. W., il s’est rendu chez sa mère, qui habitait la maison voisine, pour lui demander son avis sur l’incident. Elle lui a conseillé d’appeler la police, ce qu’il a fait sans tarder. D. W. est alors sorti dans la rue pour attendre la police, tandis que sa mère et L. W. se sont approchées des buissons. Elles ont entendu un autre petit garçon, H. W., appeler D. T. Ce dernier a répondu: [TRADUCTION] «Je suis ici. Je te rejoins dans une minute.» Comme elles regardaient à travers les buissons, L. W. a pu voir l’appelant penché en position assise et [TRADUCTION] «enlaçant» D. T. Après que ce dernier eut quitté l’appelant, H. W. est entré dans les buissons. Les deux femmes ont entendu, de nouveau, l’appelant demander au garçonnet de garder leur «petit secret». Quand elles se sont avancées, l’appelant a quitté les lieux.

In the meantime, Constables Jorgensen and Randhawa had been flagged down by D. W. They had responded to the call D. W. had made and knew only that there was a "suspicious male" in the area. As Jorgensen and Randhawa approached, D. W. briefly told them what had transpired. D. W. had seen the appellant crossing the park but then had lost sight of him when he turned to talk to the officers. He relocated him however, once again crouched down surreptitiously but this time in another set of bushes. D. W. then confronted the appellant with what he had seen. Elshaw replied: "I'm just going through the park." The appellant then hopped a nearby fence and began walking down the sidewalk but was immediately intercepted by Randhawa who began asking him for particulars such as his name, address, place of work and so on. He also advised Elshaw that he was being investigated for possible child molestation. At this point the two boys appeared, and, in the words of Jorgensen, "we separated everybody and put Mr. Elshaw in the back of the patrol wagon". Jorgensen then began to speak with the boys while Randhawa, for his part, spoke with the other witnesses. It is important to note that at this point Elshaw was not in handcuffs and had not been placed under arrest. The officers then approached the patrol wagon to speak with the appellant and, in the absence of any s. 10(b) warning, the following exchange took place between them:

A: Well I asked Mr. Elshaw, "What would have happened if we had not come along?", and he replied, "I don't know, I just can't help myself. Sometimes I have these urges, not so much with little boys, but more with little girls". And I asked, "What age are we talking about?", and he replied, "Oh, five or six year olds". At that point he said, "I know I need help, but I just don't know how to get it". And I said to him, "We'll try and see if we can get you some help", and at that point, I closed the side door of the wagon and had no further conversation with him at that point.

Entre-temps D. W. avait fait signe aux agents Jorgensen et Randhawa de s'arrêter. Ces derniers avaient répondu à l'appel de D. W. et savaient seulement qu'il y avait un [TRADUCTION] «individu louche» dans le secteur. Au moment où les agents Jorgensen et Randhawa s'approchaient, D. W. les a brièvement mis au courant de ce qui s'était passé, soit qu'il avait vu l'appellant traverser le parc mais l'avait perdu de vue en se retournant pour parler aux policiers. Il l'avait toutefois repéré à nouveau, encore accroupi subrepticement, mais cette fois-ci dans d'autres buissons. D. W. a alors confronté l'appellant avec ce qu'il avait vu. Elshaw a répondu: [TRADUCTION] «Je ne fais que traverser le parc.» Sur ce, ce dernier a sauté par-dessus une clôture qui se trouvait tout près et s'est mis à marcher sur le trottoir. Il a toutefois été intercepté immédiatement par l'agent Randhawa, qui lui a demandé certains renseignements, tels que ses nom, adresse, lieu de travail et ainsi de suite. Il a en outre informé Elshaw qu'il faisait l'objet d'une enquête relativement à de possibles agressions sexuelles contre des enfants. Sur ces entrefaites, les deux garçons sont apparus et, pour reprendre les termes de Jorgensen: [TRADUCTION] «nous avons séparé tout le monde et M. Elshaw a été mis à l'arrière du fourgon cellulaire.» Jorgensen a commencé alors à parler avec les garçons tandis que Randhawa, de son côté, s'entretenait avec les autres témoins. Il importe de noter qu'à ce moment-là les menottes n'avaient pas été passées à Elshaw et qu'il n'avait pas été mis en état d'arrestation. Ensuite, les policiers se sont dirigés vers le fourgon cellulaire pour parler à l'appellant et, sans que ne soit faite la mise en garde prévue à l'al. 10(b), les propos suivants ont été échangés:

[TRADUCTION]

R: Bien, j'ai demandé à M. Elshaw: «Qu'est-ce qui se serait passé si nous n'étions pas arrivés?». Et il a répondu: «Je ne sais pas. C'est simplement plus fort que moi. Des fois, l'envie me prend, pas tellement à l'égard de petits garçons, mais plutôt à l'égard de petites filles.» Puis je lui ai demandé: «De quel âge?» Et il a répondu: «Euh, cinq ou six ans.» Là il a dit: «Je sais que j'ai besoin d'aide, seulement je ne sais pas comment l'obtenir.» Et je lui ai dit: «Nous allons essayer de vous en procurer.» Là-dessus, j'ai fermé la porte latérale du fourgon, ce qui a mis fin à notre conversation.

The appellant subsequently sought to have these statements excluded, alleging that he had already been detained at the point in time when he made the statements and hence that his right to counsel as guaranteed in s. 10(b) had been infringed. The appellant further argues that admitting the statements would bring the administration of justice into disrepute within the meaning of s. 24(2).

At the outset, it must be clear that neither the good faith of the police nor the voluntary nature of the statements were ever put into question. It is also my view that at the time that the statements were made the police were simply investigating the possible commission of a crime. Finally, in my estimation, the statements in question in no way relate to the *res gestae*.

Detention

It goes without saying that if the appellant was not detained within the meaning of the *Charter* at the time at which he made the statements, the rights guaranteed under s. 10(b) are not triggered and there would therefore have been no violation. In that respect, the case of *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, becomes the fundamental focus of our analysis.

(1) *R. v. Therens*

The issue in *Therens* was whether certificates of breath analysis obtained pursuant to the *Criminal Code* ought to be excluded under s. 24(2) of the *Charter* because the accused had been denied his right to counsel as guaranteed under s. 10(b). Although Le Dain J. ultimately dissented on the issue of admissibility itself, he is regarded as having written the seminal judgment on the meaning of detention in s. 10(b).

Le Dain J. first dismisses the Crown's contention that the section should be interpreted as the counsel provision under the *Canadian Bill of Rights* was. In doing so he rejects *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, by implication. Le Dain J. then goes on to engage in a purposive analysis of the right in question. That purpose is, at p. 641, established to be

L'appelant a tenté par la suite d'obtenir l'exclusion de ces déclarations au motif qu'il était déjà détenu au moment où il les avait faites, de sorte qu'on avait porté atteinte à son droit, garanti par l'al. 10b), à l'assistance d'un avocat. L'appelant fait valoir, en outre, que l'admission en preuve de ces déclarations serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2).

Il faut préciser au départ que la bonne foi des policiers et le caractère volontaire des déclarations n'ont jamais été mis en doute. De plus, je suis d'opinion qu'au moment de ces déclarations les policiers faisaient simplement enquête sur la perpétration possible d'un crime. J'estime, en dernier lieu, que les déclarations en cause n'ont aucun rapport avec la *res gestae*.

d La détention

Il va sans dire que si l'appelant n'était pas détenu au sens de la *Charte* lorsqu'il a fait les déclarations en question, les droits garantis par l'al. 10b) ne sont pas en cause et n'ont donc pu être violés. Sous cet aspect, l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, se retrouve le point de mire de notre analyse.

f

(1) *R. c. Therens*

La question dans l'affaire *Therens* était de savoir si des certificats d'analyse d'haleine obtenus conformément au *Code criminel* devaient être exclus en vertu du par. 24(2) de la *Charte* du fait que l'accusé avait été privé de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b). Bien que le juge Le Dain ait, en dernière analyse, été dissident sur la question de l'admissibilité elle-même, on considère qu'il a écrit l'arrêt fondamental sur le sens du mot «détention» utilisé à l'al. 10b).

Le juge Le Dain écarte d'abord l'argument du ministère public suivant lequel l'alinéa en question devrait s'interpréter de la même façon que la disposition de la *Déclaration canadienne des droits* concernant le droit à l'assistance d'un avocat. Ce faisant, il rejette implicitement l'arrêt *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471. Le juge Le Dain poursuit en

ensuring that a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct that counsel without delay when the person finds himself or herself in certain circumstances. As basic precepts these can only be uncontroversial. However, Le Dain J. next turns his attention to the question of just what those circumstances are and posits three basic scenarios or tests:

(i) the case of deprivation of liberty by physical constraint;

(ii) the case of a police officer assuming control over the movement of a person by a demand or direction which might have significant legal consequences and which prevents or impedes access to counsel; and,

(iii) a final category which, at p. 644, Le Dain J. characterizes in the following *obiter* statement:

Most citizens are not aware of the precise legal limits of police authority. Rather than risk the application of physical force or prosecution for wilful obstruction, the reasonable person is likely to err on the side of caution, assume lawful authority and comply with the demand. The element of psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice, is enough to make the restraint of liberty involuntary. Detention may be effected without the application or threat of application of physical restraint if the person concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist.

The first two scenarios are not really at issue in this case. While it is true that the appellant was put in the back of a police vehicle, that fact alone should not be wholly determinative, particularly in a situation such as this one where the entire incident took place in a park and in full view of the public. It must be noted that he had not been handcuffed, had not been placed under arrest, had not been verbally or physically coerced in any way, and only spent some five or six minutes in the van according to the uncontroverted testimony of Constable Jorgensen. Perhaps most importantly, that same testimony reveals that the officers at that particular time not only did not

analysant le droit en cause en fonction de son objet. À la page 641, il estime que cette disposition vise à assurer que, dans certaines circonstances, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Ce sont là des principes de base incontestables. Toutefois, le juge Le Dain se demande ensuite quelles sont au juste ces circonstances et il les énonce aussi:

(i) le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique;

(ii) le cas où un policier restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat; et

(iii) une dernière catégorie que le juge Le Dain énonce, à la p. 644, dans l'opinion incidente reproduite ci-après:

La plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police. Plutôt que de s'exposer à l'usage de la force physique ou à des poursuites pour avoir volontairement entravé la police dans l'exécution de son devoir, il est probable que la personne raisonnable péchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu'elle est légale. L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté. Il peut y avoir détention sans qu'il y ait contrainte physique ou menace de contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement.

Les deux premiers scénarios ne se présentent pas vraiment en l'espèce. Même s'il est vrai que l'appellant a été placé à l'arrière d'un véhicule de la police, ce fait ne devrait pas, à lui seul, être entièrement décisif, particulièrement dans un cas comme celui-ci où l'incident en entier s'est déroulé dans un parc, à la vue du public. Il faut noter qu'on ne lui avait pas passé les menottes, qu'il n'avait pas été mis en état d'arrestation, qu'il n'avait pas fait l'objet d'une contrainte verbale ou physique et qu'il n'avait passé que cinq ou six minutes dans le fourgon, selon le témoignage incontesté de l'agent Jorgensen. Peut-être plus important, ce même témoignage révèle non seule-

have any firm suspicion that the appellant had been involved in criminal activity but actually intended to take him to his sister's house; only after they pursued their investigation further and received details over the police radio of his record did they change their minds and decide to lay a charge under the vagrancy section of the *Criminal Code*.

The third scenario, however, is very much at issue. Presumably, if taken to its extreme it would mean that anytime a police officer wished to speak with any person, perhaps in the aftermath of a traffic accident, perhaps to warn a crowd of people to move along, perhaps even to ask for the time, if the person does what the officer asks and subjectively and reasonably believes, for whatever reason, that she or he has no choice but to do so, the officer must apprise the person of her or his rights under the *Charter*. The implications in the context of law enforcement must be nothing short of massive for it would effectively shackle any investigation at its outset by preventing the authorities from making any kind of introductory inquiry and factual assessment of the situation before criminal liability even becomes an issue.

Many commentators have discussed Le Dain J.'s *obiter* comments. See, for example: Y. de Montigny, "L'élargissement du concept de "détention", premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination?" (1990), 31 *C. de D.* 769, and D. Stuart, "Four Springboards from the Supreme Court of Canada: Hunter, Therens, Motor Vehicle Reference and Oakes—Asserting Basic Values of Our Criminal Justice System" (1987), 12 *Queen's L.J.* 131. Professor Stuart writes, at p. 141:

One has sympathy with the view that preliminary police investigative questioning should not now have to be peppered with *Charter* warnings. However, we must remember that under our *Charter*, a violation will not necessarily result in the exclusion of evidence.

Although I agree with Professor Stuart's comments they do not address the ambiguous position in which

ment que les policiers n'avaient, à ce moment précis, aucun solide soupçon que l'appelant avait participé à une activité criminelle, mais encore qu'ils avaient réellement l'intention de l'emmener chez sa sœur. Ce n'est qu'après avoir poussé plus loin leur enquête et avoir obtenu les détails de son dossier à la radio de la police qu'ils ont changé d'idée et décidé de porter une accusation aux termes de la disposition du *Code criminel* relative au vagabondage.

Il en va cependant tout autrement du troisième scénario. Poussé à l'extrême, celui-ci signifierait présument que, chaque fois qu'un agent de police désire parler à quelqu'un, soit à la suite d'un accident de voiture, soit pour sommer une foule de circuler, soit même pour demander l'heure, si la personne à qui la demande est faite y acquiesce en croyant subjectivement et raisonnablement, pour quelque raison que ce soit, qu'il n'a pas d'autre choix que de s'y plier, le policier doit informer cette personne de ses droits découlant de la *Charte*. Les répercussions dans le domaine de l'application de la loi seraient rien de moins que dramatiques, car cela aurait pour effet d'entraver toute enquête dès le départ en empêchant les autorités de procéder à quelque forme que ce soit d'interrogatoire préliminaire et d'évaluation des faits avant même que ne se pose la question de la culpabilité criminelle.

L'*obiter* du juge Le Dain a été commenté à maintes reprises. Voir, par exemple, Y. de Montigny, «L'élargissement du concept de «détention», premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination?» (1990), 31 *C. de D.* 769, et D. Stuart, «Four Springboards from the Supreme Court of Canada: Hunter, Therens, Motor Vehicle Reference and Oakes—Asserting Basic Values of Our Criminal Justice System» (1987), 12 *Queen's L.J.* 131. Le professeur Stuart écrit, à la p. 141:

[TRADUCTION] Pour séduisant que soit le point de vue selon lequel l'interrogatoire préliminaire pour fins d'enquête mené par la police ne devrait pas avoir maintenant à être criblé de mises en garde fondées sur la *Charte*, il faut toutefois se rappeler qu'en vertu de notre *Charte*, une violation n'entraînera pas nécessairement l'exclusion d'éléments de preuve.

Bien que je sois d'accord avec les observations du professeur Stuart, elles ne répondent pas à la position

the police find themselves—on the one hand needing to engage in some degree of preliminary questioning but on the other hand having to be wary of the point at which they will run afoul of the suspect's *Charter* rights as guaranteed under s. 10(b). In other words, as a practical matter, law enforcement agencies must know how to conduct themselves.

(2) *Canadian Jurisprudence*

In the wake of *Therens* were a litany of cases emanating from the provincial courts of appeal. The Ontario Court of Appeal has made a particularly convincing attempt to deal with the breadth of Le Dain J.'s comments and has produced a line of reasoning which has been followed by other courts.

In *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.) (leave to appeal to this Court refused, [1986] 1 S.C.R. viii) the appellant was under investigation for fraud. A police officer went to his house armed with some credit card invoices but no probable cause. The appellant made a number of incriminating statements and was then placed under arrest and taken to the station where more incriminating statements were forthcoming. The appellant then asked to see a lawyer. At trial he sought to have the statements excluded. Martin J.A. examines *Therens*, and ultimately decides that since he was under no obligation to continue the interview, the appellant had not been detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*, and the statements were therefore admissible. He notes at p. 101:

Unless all questioning of a suspect by a police officer, in the absence of a warning that the suspect is free to leave and is entitled to refuse to answer, constitutes a detention under s. 10(b) of the *Charter*, the questioning of the appellant . . . did not constitute such a detention.

In *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273 (Ont. C.A.) the accused had voluntarily agreed to accompany the police to the station where questioning in conjunction with a homicide began. The appellant subsequently confessed to the crime. Tarnopolsky J.A. examines the holding in *Therens* as

ambiguë dans laquelle se trouvent les policiers: d'une part, ils ont à procéder à un certain interrogatoire préliminaire et, d'autre part, il leur faut être conscients du point où ils porteront atteinte aux droits que ^a garantit au suspect l'al. 10b) de la *Charte*. En d'autres termes, les organismes chargés d'appliquer la loi doivent, en pratique, savoir comment se comporter.

^b (2) *La jurisprudence canadienne*

Dans le sillage de l'arrêt *Therens*, toute une série d'arrêts ont été rendus par les cours d'appel provinciales. La Cour d'appel de l'Ontario a tenté une analyse particulièrement convaincante de la large portée ^c des observations du juge Le Dain et elle en a tiré un raisonnement qu'ont suivi d'autres tribunaux.

Dans l'arrêt *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée, [1986] 1 R.C.S. viii), l'appelant faisait l'objet d'une enquête pour fraude. Un agent de police s'est rendu chez lui muni de quelques factures de ^e carte de crédit, mais sans motif probable. L'appelant a fait plusieurs déclarations incriminantes. Il a alors été mis en état d'arrestation et conduit au poste de police où il a fait d'autres déclarations incriminantes. L'appelant a demandé ensuite à voir un avocat. Au ^f procès, il a tenté d'obtenir l'exclusion de ces déclarations. Le juge Martin de la Cour d'appel, ayant examiné l'arrêt *Therens*, a finalement conclu que, ^g comme il n'était nullement obligé de poursuivre l'entretien, l'appelant n'était pas détenu au sens de l'al. 10b) de la *Charte*, si bien que ses déclarations étaient admissibles en preuve. Le juge Martin fait remarquer, à la p. 101:

[TRADUCTION] À moins que tout interrogatoire d'un suspect qu'un policier mène, sans l'avoir informé qu'il est libre de partir et qu'il peut refuser de répondre, ne constitue une détention pour les fins de l'al. 10b) de la *Charte*, l'interrogatoire de l'appelant [. . .] ne constituait ⁱ pas [. . .] une telle détention.

Dans *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273 (C.A. Ont.), l'accusé avait volontairement accepté de suivre les policiers au poste de police où l'on s'était mis à l'interroger relativement à un homicide. L'appelant a subséquemment avoué qu'il était l'auteur du ^j crime. Le juge Tarnopolsky a examiné l'arrêt *Therens*

well as Martin J.A.'s judgement in *Esposito*. He underscores in particular, at p. 283, the limitations which Le Dain J. attached to his conception of psychological compulsion:

In this vein it is important to note that Le Dain J.'s extension of "detention" to instances of "psychological" restraint or compulsion is predicated on two requirements: (1) a "demand or direction", in response to which (2) "the person concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist".

Tarnopolsky J.A. goes on to conclude that there was no "demand or direction" to which the appellant submitted. As such there was no detention and no violation.

R. v. Moran (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.) dealt with an appellant who had been convicted of second degree murder in the death of a woman with whom he was having an affair. Immediately after her death, and before he was ever remotely connected with the murder, the police were doing a routine check on her habits and wished to speak to the appellant at the station. At this first interview he told them of the affair. A second interview was held four days later when the appellant returned to go over the statement. Again, statements were made, this time tying him to the victim on the day of her death. At trial he sought to have these statements excluded from evidence. Relying primarily on *Therens* and the judgment of Tarnopolsky J.A. in *Bazinet*, Martin J.A., at pp. 258-59, purports to lay down a non-exhaustive list of criteria to assist in the determination of whether or not someone had been detained within the meaning in s. 10(b) of the *Charter*:

(i) What type of language was used by the police officer—was the person given a choice to speak or not to speak?

(ii) Did the person accompany the officer on their own volition or were they escorted?

(iii) Did the person leave after the interview or was he or she arrested?

ainsi que celui rendu par le juge Martin dans l'affaire *Esposito*. Il souligne en particulier, à la p. 283, les restrictions que le juge Le Dain a attachées à sa conception de la contrainte psychologique:

[TRADUCTION] Dans cet ordre d'idées, il importe de noter que l'élargissement par le juge Le Dain de la portée du terme «détention» de manière à lui faire englober les cas de contrainte «psychologique» repose sur deux conditions, à savoir: (1) l'existence d'une «sommation» ou d'un «ordre» à la suite desquels (2) «la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement».

Le juge Tarnopolsky poursuit en concluant qu'il n'y a pas eu de «sommation» ni d'«ordre» auxquels l'appelant a obtempéré. Cela étant, il n'y a eu ni détention ni violation.

L'affaire *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.) porte sur le cas d'un appellant qui avait été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré à la suite du décès d'une femme avec laquelle il avait une liaison. Immédiatement après le décès de cette femme et avant que le moindre lien n'ait été établi entre l'appelant et le meurtre, les policiers ont ouvert une enquête de routine sur les habitudes de la disparue et ont voulu s'entretenir avec l'appelant au poste de police. Lors de ce premier entretien, il leur a mentionné la liaison. Un second entretien a eu lieu quatre jours plus tard lorsque l'appelant est retourné revoir sa déclaration. Il a de nouveau fait des déclarations qui, cette fois-ci, le reliaient à la victime le jour de sa mort. À son procès, il a tenté d'obtenir l'exclusion de ces déclarations. S'appuyant principalement sur l'arrêt *Therens* et sur les motifs du juge Tarnopolsky dans l'affaire *Bazinet*, le juge Martin, aux pp. 258 et 259, propose une liste non exhaustive des critères qui aident à déterminer si une personne a été détenue au sens de l'al. 10b) de la *Charte*:

(i) Quel langage le policier a-t-il tenu? A-t-il laissé à la personne en question le choix de parler ou de se taire?

(ii) La personne a-t-elle suivi le policier de son plein gré ou a-t-elle été escortée?

(iii) La personne est-elle partie après l'entretien ou l'a-t-on arrêtée?

(iv) At what point in the investigation did the interview take place?

(iv) À quel stade de l'enquête l'entretien a-t-il eu lieu?

(v) Were there reasonable and probable grounds for believing that the person was, in fact, the guilty party?

(v) Y avait-il des motifs raisonnables et probables de croire que la personne était en fait le coupable?

(vi) What was the nature of the questions asked? Were they of a general nature or did they confront the accused with evidence pointing towards his or her guilt?

(vi) Quelle était la nature des questions posées? Étaient-elles de caractère général ou mettaient-elles le prévenu en présence d'éléments de preuve tendant à établir sa culpabilité?

(vii) What was the subjective belief of the person? Did they think that they were being detained?

(vii) Quelle était l'opinion subjective de la personne? Croyait-elle être détenue?

These criteria are then applied by Martin J.A. to the facts at hand and result in the conclusion that neither interview could be considered a "detention".

Applicant ces critères aux faits de l'affaire, le juge Martin a conclu alors que ni l'une ni l'autre de ces entrevues ne pouvait être considérée comme constituant une «détention».

The same criteria are subsequently used in *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.) and *R. v. Voss* (1989), 50 C.C.C. (3d) 58 (Ont. C.A.) and this line of jurisprudence has also been adopted in other jurisdictions. See, for example: *R. v. Ancelet* (1986), 70 A.R. 263 (C.A.); *R. v. C.(S.)* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 252 (Nfld. C.A.); *R. v. Olivier* (May 30, 1991, Man. Q.B., summarized at 13 W.C.B. (2d) 278). From these cases I wish only to note the words of Krever J.A. at p. 274 of *Grafe* which I find quite appropriate:

Les mêmes critères ont été subséquentement utilisés dans les arrêts *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.), et *R. v. Voss* (1989), 50 C.C.C. (3d) 58 (C.A. Ont.). Il s'agit là d'un courant jurisprudence qui a également été suivi ailleurs. Voir, par exemple, *R. v. Ancelet* (1986), 70 A.R. 263 (C.A.), *R. v. C.(S.)* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 252 (C.A.T.-N.), *R. v. Olivier* (30 mai 1991, B.R. Man., résumé à 13 W.C.B. (2d) 278). De cette jurisprudence, je désire simplement reproduire les propos tenus par le juge Krever à la p. 274 de l'arrêt *Grafe*, que je trouve tout à fait appropriés:

The Charter does not seek to insulate all members of society from all contact with constituted authority, no matter how trivial the contact may be. When one considers the full range of contacts in modern society between state and citizen that which took place between the respondent and Constables Kalan and Waite on the first occasion cannot be characterized otherwise than as innocuous. Its occurrence was not an invasion of any of the respondent's Charter rights.

[TRADUCTION] La Charte ne vise pas à protéger tous les membres de la société contre tout contact avec les autorités constituées, si insignifiant que puisse être ce contact. Quand on considère toute la gamme des contacts entre l'État et les citoyens dans la société moderne, le contact initial entre l'intimé et les agents Kalan et Waite ne peut être qualifié autrement que d'anodin. Il ne constituait une atteinte à aucun des droits dont jouit l'intimé aux termes de la Charte.

It is quite possible that if Le Dain J.'s third scenario in *Therens* were to be taken at its broadest, all of the statements with which the Ontario Court of Appeal were faced, all of which were highly probative, would have had to be excluded on the grounds that they were made in the face of so-called psychological coercion. In so far as the Ontario court and the other courts which have adopted this line of reason-

Il se peut fort bien que, s'il fallait donner au troisième scénario envisagé par le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens* son interprétation la plus large, toutes ces déclarations dont a été saisie la Cour d'appel de l'Ontario et qui avaient toutes une très grande valeur probante, auraient dû être écartées pour le motif qu'elles ont été faites sous l'influence de ce qu'on est convenu d'appeler une contrainte psychologique.

ing have been able to arrive at a more practical position despite the broad wording of Le Dain J.'s *obiter* comments, that reasoning is constructive. However, because it developed within the parameters of those same *obiter* comments it is, by necessity, tarred with the same brush and, in my opinion, is also susceptible to putting undue restraint on law enforcement agencies.

(3) *A Comparative Perspective*

(a) The United States

Before I begin my analysis of the American law I wish to make it clear that I am in no way unmindful of the words of my colleague, La Forest J., in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 639:

While it is natural and even desirable for Canadian courts to refer to American constitutional jurisprudence in seeking to elucidate the meaning of the *Charter* guarantees that have counterparts in the United States Constitution, they should be wary of drawing too ready a parallel between constitutions born to different countries in different ages and in very different circumstances. . .

However, as Dickson C.J. pointed out in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 740, "In the United States, a collection of fundamental rights has been constitutionally protected for over two hundred years. The resulting practical and theoretical experience is immense, and should not be overlooked by Canadian courts".

In my opinion the case before us presents the ideal opportunity to look south and learn from the experience of the United States. The balancing in which we are presently engaged, that is to say between the rights of the individual to be free from unnecessary and unjustified harassment at the hands of state agents and the right of society at large to expect efficient law enforcement, is of primordial importance. And, given what appears to me to be the overly cumbersome and obtrusive position which has developed in Canada, the American position might well offer a

Dans la mesure où la cour ontarienne et les autres tribunaux qui ont adopté ce raisonnement ont pu en arriver à une position plus pratique en dépit de la formulation large de l'*obiter* du juge Le Dain, ce raisonnement est constructif. Toutefois, comme il a été formulé dans le cadre de ce même *obiter*, il souffre nécessairement de la même lacune et, à mon avis, il risque également d'imposer des restrictions excessives aux organismes chargés d'appliquer la loi.

(3) *Perspective du droit comparé*

a) Les États-Unis

Avant de passer à l'analyse du droit américain, je tiens à préciser que je ne suis pas sans me rappeler les paroles de mon collègue le juge La Forest dans l'affaire *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 639:

Bien qu'il soit naturel et même souhaitable que les tribunaux canadiens renvoient à la jurisprudence constitutionnelle américaine pour chercher à dégager le sens des garanties prévues par la *Charte* qui ont leurs équivalents dans la Constitution des États-Unis, ils devraient prendre soin de ne pas établir trop rapidement un parallèle entre des constitutions établies dans des pays différents à des époques différentes et dans des circonstances très différentes . . .

Toutefois, comme le fait remarquer le juge en chef Dickson dans l'affaire *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 740: «Aux États-Unis, un ensemble de droits fondamentaux bénéficie d'une protection constitutionnelle depuis plus de deux cents ans. Il en résulte donc une immense expérience pratique et théorique dont les tribunaux canadiens ne devraient pas faire abstraction.»

À mon avis, ce pourvoi nous offre l'occasion rêvée de nous tourner vers le sud et de tirer profit de l'expérience américaine. Le calibrage auquel nous nous livrons actuellement, c'est-à-dire en soupesant les droits qu'ont les individus de ne pas être soumis par les agents de l'État à un harcèlement qui n'est ni nécessaire ni justifié et le droit de la société en général de s'attendre à une application efficace de la loi, est d'une importance primordiale. De plus, compte tenu de ce qui me paraît être le caractère excessivement lourd et envahissant du point de vue adopté au

compromise between the two conflicting rights which is worthy of our attention.

A promising avenue of inquiry, and a compromise which I see as attending to both competing interests might be found in the doctrine of preliminary investigatory detention short of arrest. In the United States investigatory detention is recognized as having emerged in *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). At issue was the constitutionality under the Fourth Amendment of a "stop and frisk" made by a police officer. The officer had observed three men walk back and forth in front of a retail store for some minutes, looking in and then returning to confer with one another. The officer's suspicions were aroused and he approached the three men and asked their names. When they did not respond he turned Terry around, "patted him down", and removed a pistol. A weapon was also found on one of Terry's cohorts. Terry, on trial for carrying a concealed weapon, sought to suppress the evidence of the pistol arguing that its admission would constitute a violation of his rights under the Fourth Amendment which guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure. The issue eventually found its way to the U.S. Supreme Court which spoke through Warren C.J. and upheld the search.

The court first recognized the ambiguity inherent in the relationship between the public and the police. At page 13 it noted:

Street encounters between citizens and police officers are incredibly rich in diversity. They range from wholly friendly exchanges of pleasantries or mutually useful information to hostile confrontations of armed men involving arrests, or injuries, or loss of life. Moreover, hostile confrontations are not all of a piece. Some of them begin in a friendly enough manner, only to take a different turn upon the injection of some unexpected element into the conversation. Encounters are initiated by the police for a wide variety of purposes; some of

Canada, la position américaine pourrait bien offrir un compromis qui mérite d'être pris en considération dans l'appréciation des deux droits ici en conflit, compromis qui mérite qu'on s'y attarde.

Une avenue prometteuse qui pourrait s'avérer ce moyen terme qui, selon moi, tiendrait compte de ces deux droits conflictuels se retrouve dans la doctrine de la détention préliminaire pour fins d'enquête mais sans arrestation. Aux États-Unis, cette notion de détention pour fins d'enquête tire son origine de l'arrêt *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Ce litige mettait en cause la constitutionnalité, en vertu du Quatrième amendement, d'une interpellation et d'une fouille sommaire effectuées par un agent de police. Celui-ci avait remarqué la présence de trois hommes qui, depuis quelques minutes, se promenaient de long en large devant un magasin de détail et regardaient à l'intérieur pour ensuite aller conférer ensemble. Ses soupçons éveillés, le policier a accosté les trois hommes et leur a demandé leur nom. Comme ils ne répondaient pas, il a fait faire demi-tour à Terry, l'a [TRADUCTION] «tâté de haut en bas» et lui a retiré un pistolet. Il a trouvé également une arme sur l'un des compagnons de Terry. À son procès pour port d'arme dissimulée, Terry a cherché à faire écarter la preuve relative au pistolet au motif que son admission constituerait une violation de ses droits garantis par le Quatrième amendement, soit la protection contre les perquisitions et les saisies abusives. La question a finalement été soumise à la Cour suprême des États-Unis qui, sous la plume du juge en chef Warren, a donné son aval à la fouille en question.

La cour a d'abord reconnu l'ambiguïté inhérente aux rapports entre le public et la police, faisant remarquer, à la p. 13:

[TRADUCTION] Les contacts entre citoyens et policiers qui ont lieu dans la rue présentent une incroyable diversité. Ils vont des échanges entièrement amicaux de politesses ou de renseignements qui leur sont mutuellement utiles jusqu'aux affrontements hostiles d'hommes armés aboutissant à des arrestations, à des blessures ou à une perte de vie. De plus, tous les affrontements hostiles ne se ressemblent pas. Certains commencent sur un ton assez amical puis prennent une autre tournure lorsqu'un élément inattendu intervient dans la conversation. La

which are wholly unrelated to a desire to prosecute for crime.

The reasonableness of the stop was then assessed by balancing the need for the search against the intrusiveness such a search would entail. The court, at pp. 30-31, concluded:

... where a police officer observes unusual conduct which leads him reasonably to conclude in light of his experience that criminal activity may be afoot and that the persons with whom he is dealing may be armed and presently dangerous, where in the course of investigating this behavior he identifies himself as a policeman and makes reasonable inquiries, and where nothing in the initial stages of the encounter serves to dispel his reasonable fear for his own or others' safety, he is entitled for the protection of himself and others in the area to conduct a carefully limited search of the outer clothing of such persons in an attempt to discover weapons which might be used to assault him. Such a search is a reasonable search under the Fourth Amendment, and any weapons seized may properly be introduced in evidence against the person from whom they were taken.

In the wake of *Terry*, the doctrine was thought to apply only where the officer in question had reasonable grounds to think that his or her safety, or that of others, was in danger (see, for example: D. P. Mongiardo, "The Terry Exception to Miranda" (1983), 10 *Search & Seizure L. Rep.* 165). However, the United States Supreme Court saw fit shortly thereafter to broaden the circumstances in which a state agent would be able to stop a person without running afoul of the Constitution. In *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972), a police officer was on routine patrol and was informed by someone known to him that the occupant of a nearby car was carrying narcotics and a weapon. The officer approached the car to investigate and, as the occupant rolled down the window, reached inside to remove the weapon. Later, a search revealed the presence of the illegal

police établit des contacts pour une grande variété de raisons, qui n'ont parfois absolument rien à voir avec la volonté de poursuivre pour un crime.

La cour a ensuite examiné le caractère raisonnable de l'interpellation en s'appesantissant, d'une part, sur la nécessité de la fouille et, d'autre part, sur l'atteinte à la vie privée qu'elle entraînait. Aux pages 30 et 31, elle conclut que:

[TRADUCTION] ... lorsqu'un agent de police remarque une conduite inhabituelle qui l'amène raisonnablement à conclure, d'après son expérience, qu'un acte criminel est sur le point d'être commis et que les individus auxquels il a affaire peuvent être armés et présenter un danger immédiat, lorsqu'au cours de son enquête sur ce comportement, il révèle son identité de policier et pose des questions raisonnables, et lorsqu'aux stades initiaux du contact rien ne permet de dissiper sa crainte raisonnable pour sa propre sécurité ou pour celle d'autrui, il a le droit, pour assurer sa propre protection et celle d'autres personnes se trouvant dans le voisinage, de procéder à une fouille soigneusement limitée des vêtements de dessus de tels individus afin de découvrir des armes qui pourraient être utilisées pour l'attaquer. Il s'agit en pareil cas d'une fouille raisonnable au sens du Quatrième amendement et toute arme saisie peut à bon droit être produite en preuve contre la personne à laquelle elle a été prise.

Dans la foulée de l'arrêt *Terry*, on a cru que cette doctrine s'appliquait uniquement dans les cas où le policier en cause avait des motifs raisonnables de croire que sa propre sécurité, ou celle d'autrui, se trouvait menacée (voir, par exemple, D. P. Mongiardo «The Terry Exception to Miranda» (1983), 10 *Search & Seizure L. Rep.* 165). La Cour suprême des États-Unis a toutefois, peu après, jugé bon d'élargir le champ des circonstances dans lesquelles un agent de l'État pourrait interpellé une personne sans violer la Constitution. Dans l'affaire *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972), un agent de police, qui effectuait une patrouille de routine, a été informé par une personne qu'il connaissait que l'occupant d'une voiture qui se trouvait à proximité transportait des stupéfiants ainsi qu'une arme. Le policier s'est approché de la voiture pour faire enquête et, comme l'occupant baissait la fenêtre, il a étendu le bras à l'intérieur pour lui enlever l'arme. Une fouille menée par la suite a

narcotics. Rehnquist J. for the court notes at pp. 145-46 that:

The Fourth Amendment does not require a policeman who lacks the precise level of information necessary for probable cause to arrest to simply shrug his shoulders and allow a crime to occur or a criminal to escape. On the contrary, Terry recognizes that it may be the essence of good police work to adopt an intermediate response. . . . A brief stop of a suspicious individual, in order to determine his identity or to maintain the status quo momentarily, while obtaining more information, may be most reasonable in light of the facts known to the officer at the time. [Emphasis added.]

The court saw a need therefore, to broaden the circumstances under which an officer could approach an individual and make inquiries of him or her. No longer was it necessary for the officer to entertain reasonable fears for his or her safety or the safety of others: A. Young, "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, at p. 371. Rather, under the expanded doctrine a stop and frisk became a protective measure to take while the more central "brief investigatory search", initiated on the basis of a reasonable suspicion that a crime was being or had been committed, was proceeding.

In the cases which followed *Adams* the court remained diligent in its maintenance of the underlying values of the Fourth Amendment while ensuring that police were able to perform the task which society assigns to them. The doctrine underwent a period of refinement during which its parameters were clarified: *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979); *Brown v. Texas*, 443 U.S. 47 (1979); *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *United States v. Sharpe*, 470 U.S. 675 (1985). See also: "Twentieth Annual Review of Criminal Procedure: United States Supreme Court and Courts of Appeals 1989-1990" (1991), 79 *Geo. L.J.* 591, at pp. 613-24; E. J. Sack, "Police Approaches and Inquiries on the Streets of New York: The Aftermath of *People v. De Bour*"

révélé la présence de stupéfiants illicites. Le juge Rehnquist fait observer, au nom de la cour, aux pp. 145 et 146 que:

[TRADUCTION] Le Quatrième amendement n'exige pas d'un policier qui ne possède pas tous les renseignements nécessaires pour avoir un motif probable d'effectuer une arrestation, qu'il hausse simplement les épaules et qu'il permette qu'un crime soit commis ou qu'un criminel s'enfuit. Au contraire, on reconnaît, dans l'arrêt *Terry*, que l'adoption d'un moyen terme peut constituer l'essence d'un bon travail policier [. . .] Il peut en effet être éminemment raisonnable, compte tenu des faits que connaît le policier à ce moment, d'interpeller brièvement un individu louche afin d'en déterminer l'identité ou de maintenir provisoirement le statu quo en attendant d'obtenir de plus amples renseignements. [Je souligne.]

La cour a donc perçu la nécessité d'élargir les circonstances dans lesquelles un policier pouvait accoster une personne pour l'interroger. Il n'était plus nécessaire que le policier ait une crainte raisonnable pour sa sécurité ou pour celle d'autrui: A. Young, «All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, à la p. 371. Plutôt, en vertu de ce principe élargi, l'interpellation et la fouille sommaires sont devenues une mesure de protection à prendre pendant le déroulement de la phase plus cruciale de la [TRADUCTION] «brève fouille pour fins d'enquête» entreprise en raison d'un soupçon raisonnable qu'un crime était ou avait été commis.

Dans ses arrêts ultérieurs à l'arrêt *Adams*, la cour a veillé jalousement au maintien des valeurs sous-jacentes au Quatrième amendement tout en s'assurant que la police soit en mesure de s'acquitter de la tâche que lui assigne la société. Le principe a connu une période de rodage pendant laquelle ses paramètres ont été clarifiés: *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979); *Brown v. Texas*, 443 U.S. 47 (1979); *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *United States v. Sharpe*, 470 U.S. 675 (1985). Voir aussi: «Twentieth Annual Review of Criminal Procedure: United States Supreme Court and Courts of Appeals 1989-1990» (1991), 79 *Geo. L.J.* 591, aux pp. 613 à 624, E. J. Sack, «Police Approaches and Inquiries on the Streets of New York: The Aftermath of *People v.*

(1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 512, at pp. 512-19; and C. M. Wiseman, "The 'Reasonableness' of the Investigative Detention: An 'Ad Hoc' Constitutional Test" (1984), 67 *Marq. L. Rev.* 641.

Until 1984 the question which remained unanswered was the degree to which the so-called "Miranda warning" was mandated during such preliminary investigatory detentions. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), which was a watershed case in American constitutional law, held that when a person is subject to "custodial interrogation", that is to say questioning initiated by law enforcement officers after a person has been "taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way" (*Miranda, supra*, at p. 478), it is necessary to caution the person of his or her right against self-incrimination and his or her right to counsel. In *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984), the issue was finally resolved. In *Berkemer*, a police officer was on routine patrol when he noticed a car ahead of him being driven in a very erratic manner. The officer pulled the car over and requested the driver to get out and, after remarking that he was having difficulty doing so, gave a field sobriety test which the driver, McCarty, failed. At this point the officer asked if McCarty had been using intoxicants and the latter indicated that he had been consuming beer and had smoked marihuana a short time previously. McCarty was then arrested and taken to the station where questioning resumed and more incriminating statements were made. McCarty sought to suppress the statements made at roadside and at the station arguing, *inter alia*, that his rights under the Fifth Amendment had been violated when the officer failed to issue him a Miranda warning.

The court held that given the presumptively brief nature of such stops and the fact that they almost always occur in public and hence under the scrutiny of passers-by, such traffic stops do not sufficiently impair the free exercise of the "detainee" to a point

De Bour» (1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 512, aux pp. 512 à 519, et C. M. Wiseman, «The 'Reasonableness' of the Investigative Detention: An 'Ad Hoc' Constitutional Test» (1984), 67 *Marq. L. Rev.* 641.

Jusqu'en 1984, une question était demeurée sans réponse soit celle de savoir dans quelle mesure ce qu'on était convenu d'appeler la «mise en garde Miranda» était requise pendant ces détentions préliminaires pour fins d'enquête. L'arrêt *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), qui marque un tournant dans le droit constitutionnel américain, statue, en effet, que, lorsqu'une personne est soumise à un [TRADUCTION] «interrogatoire en cours de détention», c'est-à-dire à un interrogatoire entrepris par des agents chargés de l'application de la loi, après qu'une personne a été [TRADUCTION] «mise en détention ou autrement privée, de quelque manière importante, de sa liberté par les autorités» (*Miranda*, précité, à la p. 478), cette personne doit être informée de son droit de ne pas s'incriminer et de son droit à l'assistance d'un avocat. Ce n'est toutefois que dans l'arrêt *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984), que la question a été finalement tranchée. Il s'agit là d'une affaire où un agent de police, en patrouille de routine, avait aperçu devant lui une voiture conduite de façon très irrégulière. Le policier a intercepté la voiture et a demandé au conducteur, McCarty, de descendre. Ayant constaté que ce dernier y parvenait difficilement, le policier lui a fait subir sur place un alcootest qu'il a échoué. C'est à ce moment que le policier a demandé à McCarty s'il avait consommé des substances intoxicantes et ce dernier a indiqué qu'il avait, peu auparavant, consommé de la bière et fumé de la marihuana. McCarty a alors été arrêté et conduit au poste de police où l'interrogatoire a repris et d'autres déclarations incriminantes ont été faites. McCarty, en tentant de faire écarter les déclarations faites sur le bord de la route et au poste de police, a soutenu, notamment, que les droits que lui conférait le Cinquième amendement avaient été brimés parce que le policier ne lui avait pas fait la mise en garde Miranda.

La cour a décidé que, comme elles peuvent être présumées de courte durée et qu'elles ont presque toujours lieu en public et, par conséquent, au vu des passants, ces interceptions sur le bord de la route ne privent pas suffisamment le «détenu» de sa liberté

where he or she would feel compelled to speak where they otherwise would not. Of particular interest for our immediate purposes is the following statement by Marshall J., at pp. 439-40, speaking for the court:

In both of these respects, the usual traffic stop is more analogous to a so-called "Terry-stop". . . than to a formal arrest. Under the Fourth Amendment, we have held, a policeman who lacks probable cause but whose "observations lead him reasonably to suspect" that a particular person has committed, is committing, or is about to commit a crime, may detain that person briefly in order to "investigate the circumstances that provoke suspicion. . . . [T]he stop and inquiry must be 'reasonably related in scope to the justification for their initiation'. . . . Typically, this means that the officer may ask the detainee a moderate number of questions to determine his identity and to try to obtain information confirming or dispelling the officer's suspicions. But the detainee is not obliged to respond. And, unless the detainee's answers provide the officer with probable cause to arrest him, he must then be released. The comparatively non-threatening character of detentions of this sort explains the absence of any suggestion in our opinions that Terry stops are subject to the dictates of Miranda. The similarly noncoercive aspect of ordinary traffic stops prompts us to hold that persons temporarily detained pursuant to such stops are not "in custody" for the purposes of Miranda. [Emphasis added.]

Nor did the practical aspects of requiring Miranda warnings in all such circumstances go unnoticed to Marshall J. At page 441 he adds:

[It] would substantially impede the enforcement of the Nation's traffic laws—by compelling the police either to take the time to warn all detained motorists of their constitutional rights or to forego use of self-incriminating statements made by those motorists—while doing little to protect citizens' Fifth Amendment rights.

pour qu'il se sente contraint de parler là où il ne le ferait pas en temps normal. Pour nos fins immédiates, la déclaration suivante du juge Marshall, au nom de la Cour, aux pp. 439 et 440, est particulièrement intéressante:

[TRADUCTION] À ces deux égards, l'interception normale sur le bord de la route s'apparente davantage à ce qu'on appelle l'«interpellation de type Terry» [. . .] qu'à une arrestation proprement dite. Nous avons déjà statué relativement au Quatrième amendement qu'un policier qui n'a pas de motifs probables pour agir mais dont les «observations l'amènent à soupçonner raisonnablement» qu'une personne en particulier a commis, est en train de commettre ou est sur le point de commettre un crime peut détenir cette personne pendant une courte période afin de «faire enquête sur les circonstances qui ont éveillé ses soupçons [. . .] [L]'interception et l'enquête doivent «avoir un lien raisonnable avec leur justification.» [. . .] Cela veut dire normalement qu'il est permis au policier de poser à la personne détenue un nombre modéré de questions visant à établir son identité et à essayer d'obtenir des renseignements confirmant ou dissipant ses soupçons. La personne détenue n'est toutefois pas tenue d'y répondre. Et, à moins que ses réponses ne fournissent au policier un motif probable de procéder à son arrestation, elle doit alors être mise en liberté. C'est la nature relativement peu menaçante de ce genre de détentions qui explique pourquoi nous ne disons pas dans nos motifs que les interpellations de type Terry sont soumises aux préceptes de l'arrêt Miranda. Le caractère tout aussi non coercitif des interceptions ordinaires sur le bord de la route nous incite à affirmer que les personnes temporairement détenues par suite d'une telle interception ne se trouvent pas «en détention» au sens de l'arrêt Miranda. [Je souligne.]

De plus, le juge Marshall n'a pas été sans reconnaître les conséquences pratiques qui en découleraient si la mise en garde Miranda était requise dans toutes les situations de ce genre. Il ajoute, à la p. 441:

[TRADUCTION] [Cela] entraverait considérablement l'application des lois du pays concernant la circulation routière—la police se verrait en effet obligée soit de prendre le temps d'informer tous les automobilistes détenus de leurs droits constitutionnels, soit de renoncer à l'utilisation de toute déclaration incriminante faite par ces automobilistes—tout en contribuant peu à la protection des droits dont jouissent les citoyens aux termes du Cinquième amendement.

The comments of the Seventh Circuit Court of Appeals in *United States v. Serna-Barreto*, 842 F.2d 965 (1988), at p. 966, are also appropriate:

The reason for creating the intermediate category, the investigatory stop, is not merely the appealing symmetry of a "sliding-scale" approach—though that is relevant, since it is common sense that if the Fourth Amendment is intended to strike a balance between the interest of the individual in being left alone by the police and the interest of the community in being free from the menace of crime, the less the interest of the individual is impaired the less the interest of the community need be impaired to justify the restraint. But beyond that, it is hard to see how criminal investigations could proceed if the police could never restrict a suspect's freedom of action, however briefly, without having probable cause to make an arrest. [Emphasis added.]

This position would seem to echo that expressed in G. S. Garneau, "The Application of Charter Rights to the Interrogation Process" (1986), 35 *U.N.B.L.J.* 35, at pp. 39-40:

As long as detention is seen to follow arrest in interrogation situations, the application of the *Charter* provisions results in a very low cost to effective law enforcement. . . . However, if detention is determined to exist short of arrest, notice may result in a choice by the individual to exercise the right to counsel before the grounds for arrest are established, which in most cases will tend to have a chilling effect on the interrogation process.

The case for the existence of a post-contact but pre-arrest point at which the full range of constitutional protections are not yet brought to bear would seem to rest, however, not just on the basis of administrative expediency but also on simple common sense. G. E. Dix, in "Nonarrest Investigatory Detentions in Search and Seizure Law", [1985] *Duke L.J.* 849, at p. 950, notes:

Questioning of a detainee before grounds for arrest developed should be recognized as different from post-arrest questioning. To some extent, the risk of self-incrimination is less—answers will often be purely

Les observations de la Seventh Circuit Court of Appeals dans l'affaire *United States v. Serna-Barreto*, 842 F.2d 965 (1988), à la p. 966, sont également pertinentes:

[TRADUCTION] La création d'une catégorie intermédiaire, celle de l'interpellation aux fins d'enquête, ne tient pas simplement à l'attrayante symétrie de la méthode de l'«échelle variable», quoique cela soit pertinent, car le bon sens nous dit que, si le Quatrième amendement vise à établir un équilibre entre l'intérêt du particulier à ne pas être importuné par la police et l'intérêt de la collectivité à ne pas être exposée à la menace du crime, moins il est porté atteinte à l'intérêt du particulier, moins il est nécessaire qu'une atteinte soit portée à l'intérêt collectif pour que la restriction soit justifiée. Au-delà de ce facteur, cependant, on conçoit mal comment des enquêtes criminelles pourraient être menées si la police ne pouvait jamais limiter la liberté de mouvement d'un suspect, fût-ce le moins longtemps possible, sans avoir de motif probable d'effectuer une arrestation. [Je souligne.]

Ce point de vue semble reprendre celui exprimé dans G. S. Garneau «The Application of Charter Rights to the Interrogation Process» (1986), 35 *U.N.B.L.J.* 35, aux pp. 39 et 40:

[TRADUCTION] Dans la mesure où la détention est considérée comme faisant suite à l'arrestation dans les cas où il y a interrogatoire, l'application des dispositions de la *Charte* nuit très peu à l'application efficace de la loi [. . .] Si toutefois on conclut qu'il y a eu détention sans arrestation, la mise en garde peut faire en sorte que l'intéressé décidera d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat avant que ne soient établis les motifs d'arrestation, ce qui tendrait, dans la plupart des cas, à avoir un effet de douche froide sur le processus d'interrogation.

L'argument en faveur de l'existence d'un moment, postérieur au contact initial mais antérieur à l'arrestation, auquel on ne bénéficie pas encore de la totalité des protections constitutionnelles semble toutefois reposer non pas uniquement sur un souci de commodité administrative, mais aussi sur le simple bon sens. G. E. Dix, dans «Nonarrest Investigatory Detentions in Search and Seizure Law», [1985] *Duke L.J.* 849, fait remarquer ceci, à la p. 950:

[TRADUCTION] L'interrogatoire d'un détenu, avant que ne soient établis des motifs d'arrestation, devrait être reconnu comme étant différent de l'interrogatoire qui suit l'arrestation. Dans une certaine mesure, le risque de

exculpatory—while the justification for questioning is greater—officers need to develop information on which to decide how to respond to rapidly developing field situations. In addition, the pressure on a detainee to abandon rational self-interest for self-incrimination is probably less, at least to the extent that the detainee is aware of the nature of the detention. No *Miranda*-like prophylactic requirements, therefore, should be imposed on questions asked before grounds for arrest develop. [Emphasis added.]

and, according to S. Woods, “Interrogation Law and the *Charter*: An American Plan for the Renovations” (1985), 43 *U.T. Fac. L. Rev.* 153, at p. 168:

This makes sense conceptually. During the investigatory phase the individual is free to do as he wishes. A person may be suspected of having committed a crime, but prior to his arrest legally he is in the same position as every other citizen. Similarly within the limits of the law, police may conduct their investigation as they wish, including tactics which involve the use of undercover agents. The arrest of the suspect alters this situation fundamentally. The suspect is no longer like any other citizen, he has been identified by the police as an alleged criminal. His freedom is curtailed by the charge against him. Similarly arrest changes the position of the police. Under our system of law people may not be arrested without reasons substantiated by evidence. Arrest thus changes the position of both parties by commencing the adversary process. Investigation ceases and the judicial process commences.

(b) England and Wales

The question of preliminary investigatory detention as we know it is not dealt with in the English system of criminal procedure, although the provisions concerning detention consequent to arrest create a *de facto* position which, in some ways, is similar to that which we have already seen in the United States.

s’incriminer soi-même est moins grand (les réponses seront souvent de nature purement disculpatoire), tandis que l’interrogatoire se justifie davantage (les policiers ont besoin de recueillir des renseignements qui leur permettront de décider comment réagir face à des situations qui évoluent rapidement). En outre, le détenu se sent probablement moins poussé à abandonner un souci rationnel de son propre intérêt en s’incriminant lui-même, du moins dans la mesure où il est conscient de la nature de la détention. Il n’y a donc pas lieu de soumettre les questions posées avant que ne soient établis des motifs d’arrestation à des exigences protectrices comme celles dont il est question dans l’arrêt *Miranda*. [Je souligne.]

De plus, d’après S. Woods dans «Interrogation Law and the *Charter*: An American Plan for the Renovations» (1985), 43 *U.T. Fac. L. Rev.* 153, à la p. 168:

[TRADUCTION] Cela a du bon sens sur le plan conceptuel. Pendant le déroulement de l’enquête, l’individu est libre d’agir à sa guise. Une personne peut être soupçonnée d’avoir commis un crime, mais antérieurement à son arrestation, sa situation juridique est identique à celle de tout autre citoyen. De même, dans les limites prescrites par la loi, la police peut mener son enquête comme bon lui semble, ce qui comprend notamment le recours à des agents d’infiltration. L’arrestation du suspect vient cependant changer fondamentalement cette situation. Le suspect n’est plus un citoyen comme n’importe lequel autre; il a été identifié par la police comme un prétendu criminel. L’accusation portée contre lui entraîne la restriction de sa liberté. L’arrestation modifie également la situation de la police. Dans notre système de droit, nul ne peut être arrêté en l’absence de motifs fondés sur des éléments de preuve. L’arrestation vient donc modifier la situation des deux parties en mettant en branle le processus des débats contradictoires. L’enquête prend fin et le processus judiciaire commence.

(b) L’Angleterre et le Pays de Galles

La question de la détention préliminaire pour fins d’enquête telle que nous la connaissons est passée sous silence dans le système anglais de procédure criminelle, quoique les dispositions relatives à la détention subséquente à l’arrestation créent dans les faits une position qui est, à certains égards, similaire à celle dont nous avons déjà constaté l’existence aux États-Unis.

The *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60 (as amended) creates rather broad grounds for arrest which include the following:

24. . . .

(6) Where a constable has reasonable grounds for suspecting that an arrestable offence has been committed, he may arrest without a warrant anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be guilty of the offence.

(7) A constable may arrest without a warrant—

(a) anyone who is about to commit an arrestable offence;

(b) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be about to commit an arrestable offence.

Then, once arrested a determination is made by the police whether or not they have enough evidence to lay a charge (s. 37). However, pursuant to s. 42 and following, the detained person may actually remain in a post-arrest but pre-charge state for up to 36 hours subject to numerous limitations.

Sections 56 and 58 stipulate that while in custody the detainee will be permitted to contact a friend or to speak with a solicitor but that this right may be overridden for a maximum of thirty-six hours in the case of a serious arrestable offence if such a delay is authorized by an officer of at least the rank of Superintendent or Inspector. This may only be done in certain circumstances, however. Those circumstances include where contact would lead to interference with evidence or to injury to other persons, where it would lead to the alerting of other persons also suspected of committing such an offence, where it would hinder the recovery of property obtained pursuant to the commission of the offence, or where the detainee is suspected of drug trafficking and contact will hinder the recovery of the proceeds of this drug trafficking. See also: M. Berger, "Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations" (1990), 24 *U. Mich. J.L. Ref.* 1, at pp. 24-35; S. Coughlan, "Police Detention for Questioning: A Proposal" (1986), 28 *Crim. L.Q.* 64 and 170, at pp. 182-85; M. Iller and G. Goodwin, *Criminal Liti-*

La Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60 (et modifications) prévoit des motifs d'arrestation de portée assez générale, dont les suivants:

[TRADUCTION] 24. . . .

(6) qu'un policier a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction donnant lieu à arrestation a été commise, il peut arrêter sans mandat toute personne qu'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, d'être coupable de l'infraction.

(7) Un policier peut arrêter sans mandat—

a) quiconque est sur le point de commettre une infraction donnant lieu à arrestation;

b) toute personne qu'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, d'être sur le point de commettre une infraction donnant lieu à arrestation.

Puis, une fois l'arrestation effectuée, la police décide si elle dispose de suffisamment d'éléments de preuve pour porter une accusation (art. 37). Aux termes des art. 42 et suivants, toutefois, et sous réserve de nombreuses restrictions, le détenu peut en fait demeurer pendant jusqu'à 36 heures en état d'arrestation avant qu'une accusation ne soit portée.

Les articles 56 et 58 prévoient que, pendant la détention, il doit être permis au détenu de communiquer avec un ami ou de parler avec un avocat, mais qu'il peut être dérogé à ce droit pendant une durée maximale de trente-six heures dans le cas d'une infraction grave donnant lieu à arrestation, pourvu qu'une telle dérogation soit autorisée par un agent possédant au moins le grade de surintendant ou d'inspecteur. Cela ne peut cependant se faire que dans certaines circonstances. C'est, notamment, le cas lorsque la mise en communication entraînerait une ingérence dans la preuve ou causerait un préjudice à autrui, lorsqu'elle aurait pour conséquence d'avertir d'autres personnes également soupçonnées d'avoir commis une telle infraction, lorsqu'elle générerait le recouvrement de biens obtenus par suite de la perpétration de l'infraction ou lorsque le détenu est soupçonné d'avoir fait le trafic de stupéfiants et que la mise en communication entraverait le recouvrement du produit de ce trafic. Voir aussi M. Berger, «Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations» (1990), 24 *U. Mich. J.L.*

gation (1985), at pp. 49-81; and *Archbold: Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (43rd ed. 1988), at paras. 15-36 to 15-39.

(c) Australia

The predominant view in Australia would appear to be that the common law does not guarantee the right to counsel to someone under suspicion of having committed an offence. The Australian Law Reform Commission, for example, in *Criminal Investigation* (Report No. 2 1975), at para. 105, stated:

The right to consult with a lawyer during the course of pre-trial police investigations is one of those traditionally claimed civil rights to which almost universal observance is paid in principle, but which is greeted with very great circumspection in practice by law enforcement authorities. The 'right' has no constitutional or statutory backing in Australia. It cannot be said to have more than the most marginal support from the common law. [Emphasis added.]

Similarly, Sallmann and Willis in *Criminal Justice in Australia* (1984), at p. 31, conclude:

The result is that the police are free as a matter of law to refuse a suspect access to a lawyer, and they can do so in the knowledge that there may not be any direct adverse impact on their case as a result.

See also: New South Wales Law Reform Commission, *Procedure from Charge to Trial: Specific Problems and Proposals* (1987), at p. 33.

Some of the Australian states have not seen fit to alter the common law position. Queensland's *Criminal Code Act 1899*, 63 Vict. No. 9, as amended, seems only to provide that a person who has been arrested is to be brought before a justice forthwith to be dealt with according to law. Similarly, see Tasmania's *Criminal Code Act 1924*, 14 Geo. V No. 69, and *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act* (1976) No. 30. And, given the fact that it

Ref. 1, aux pp. 24 à 35, S. Coughlan, «Police Detention for Questioning: A Proposal» (1986), 28 *Crim. L.Q.* 64 et 170, aux pp. 182 à 185, M. Iller et G. Goodwin, *Criminal Litigation* (1985), aux pp. 49 à 81, et *Archbold: Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (43^e éd. 1988), aux alinéas 15-36 à 15-39.

c) L'Australie

Il semblerait que le point de vue prédominant, en Australie, soit que la common law ne garantit pas le droit à l'assistance d'un avocat à la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction. Par exemple, la Commission de réforme du droit de l'Australie, dans *Criminal Investigation* (rapport n° 2 1975), affirme à l'alinéa 105:

[TRADUCTION] Le droit de consulter un avocat pendant les enquêtes policières préalables au procès est l'un des droits civiques traditionnellement invoqués qui est respecté presque universellement en principe, mais qui soulève beaucoup de circonspection en pratique chez les autorités chargées d'appliquer la loi. Ce «droit» ne jouit d'aucun appui constitutionnel ou légal en Australie. On ne saurait dire qu'il a plus que l'appui très précaire de la common law. [Je souligne.]

De même, dans *Criminal Justice in Australia* (1984), Sallmann et Willis concluent, à la p. 31:

[TRADUCTION] Il s'ensuit que les policiers sont, sur le plan du droit, libres de refuser à un suspect l'accès à un avocat et ils peuvent le faire en sachant qu'il se peut qu'il n'y ait, en conséquence, aucun effet direct préjudiciable sur leur preuve.

Voir aussi: Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles du Sud, *Procedure from Charge to Trial: Specific Problems and Proposals* (1987), à la p. 33.

Certains États australiens n'ont pas jugé bon de modifier la position de la common law. Le *Criminal Code Act 1899* du Queensland, 63 Vict. No. 9, tel que modifié, ne semble que prévoir que la personne arrêtée doit être emmenée sur-le-champ devant un juge afin qu'il en dispose conformément à la loi. De même, voir le *Criminal Code Act 1924*, 14 Geo. V No. 69, et le *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act* (1976) No. 30 de la

appears highly doubtful that a right to counsel otherwise exists in Australia, it ought not to be surprising that the question of when a person is detained for the purposes of deciding when a warning of that right needs to be issued would arise infrequently.

Other states have altered the common law position significantly. For example, Victoria's *Crimes Act 1958* was amended by the *Crimes (Custody and Investigation) Act 1988*, No. 37. Section 464C now provides as follows:

464C. (1) Before any questioning or investigation under section 464A(2) commences, an investigating official must inform the person in custody that he or she—

(b) may communicate with or attempt to communicate with a legal practitioner—

Not unlike the English legislation I have already examined, the same section goes on to provide, however, that the investigating official may deny communication if he or she is of the opinion that the communication would result in the escape of an accomplice or the fabrication or destruction of evidence, or that the questioning is of an urgent nature having regard to the safety of other people.

Custody, and therefore the point at which the rights above are triggered, is defined as follows:

464. (1) For the purposes of this Subdivision a person is in custody if he or she is—

(a) under lawful arrest by warrant; or

(b) under lawful arrest under section 458 or 459 or a provision of any other Act; or

(c) in the company of an investigating official and is—

(i) being questioned; or

(ii) to be questioned; or

(iii) otherwise being investigated—

to determine his or her involvement (if any) in the commission of an offence if there is sufficient

Tasmanie. Et, compte tenu du fait qu'il semble très douteux que le droit à l'assistance d'un avocat existe par ailleurs en Australie, on ne devrait pas s'étonner que la question de savoir quand une personne est détenue, afin de décider quand il faut l'informer de ce droit, ne se pose pas souvent.

D'autres États ont modifié sensiblement la position de la common law. Par exemple, le *Crimes Act 1958* de Victoria a été modifiée par le *Crimes (Custody and Investigation) Act 1988*, No. 37. L'article 464C prévoit maintenant ce qui suit:

[TRADUCTION] 464C. (1) Avant de procéder à un interrogatoire ou à une enquête en vertu du paragraphe 464A(2), le policier enquêteur doit informer la personne détenue qu'elle—

b) peut communiquer ou tenter de communiquer avec un avocat—

Cependant, à l'instar de la loi anglaise que j'ai déjà examinée, cette même disposition prévoit ensuite que le policier enquêteur peut refuser de permettre la communication avec un avocat s'il est d'avis que cette communication permettrait à un complice de s'échapper, qu'elle entraînerait la fabrication ou la destruction d'éléments de preuve ou que l'interrogatoire est urgent eu égard à la sécurité d'autrui.

La détention, et donc le moment où l'application des droits susmentionnés est déclenchée, est ainsi définie:

[TRADUCTION] 464. (1) Aux fins de la présente subdivision, une personne est détenue

a) si elle est arrêtée légalement en vertu d'un mandat; ou

b) si elle est arrêtée légalement en vertu de l'article 458 ou 459 ou d'une disposition d'une autre loi; ou

c) si elle est en compagnie d'un policier enquêteur et—

(i) est interrogée; ou

(ii) doit être interrogée; ou

(iii) est soumise à quelque autre forme d'enquête—

en vue de déterminer si et comment elle a participé à la perpétration d'une infraction, si le policier

information in the possession of the investigating official to justify the arrest of that person in respect of that offence. [Emphasis added.]

but what would therefore appear to confer broad powers of detention upon law enforcement officials is later narrowed by s. 464I, which warns:

464I. Nothing in sections 464 to 464H confers a power to detain against his or her will a person who is not under arrest.

I note also that comparable legislation has been enacted in South Australia under the *Police Offences Act Amendment Act, 1985* (No. 46); see in particular ss. 32 and 34.

(4) *Law Reform Commissions*

The question of preliminary investigatory detention for questioning was considered by the Australian Law Reform Commission in *Criminal Investigation*, *supra*, where the majority of the members, at para. 66, concluded:

... a police officer should not question any person whom he thinks might be the author of a serious crime, nor seek to have that person go to a police station or anywhere else for the purpose of attempting to procure evidence against him, without previously advising him of his legal rights ...

There was a dissenting voice however. The minority, at para. 72, was of the view that:

... a police officer at an early stage of the investigation ought to be able freely to pursue his inquiries from all citizens, whether suspected or not. ... the giving of the warning and the request for the written acknowledgment by the person who may conceivably be implicated in an offence will impede adequate and proper police investigation.

A similar note was sounded in Scotland where, in a report prepared for the Secretary of State, *Criminal Procedure in Scotland* (Second Report) (1975), at para. 3.13, a period of investigatory detention was also advocated:

Clearly the police should not be entitled to arrest anyone they want to interview but it seems plainly wrong, for

enquêteur dispose de suffisamment de renseignements pour justifier l'arrestation de cette personne relativement à cette infraction. [Je souligne.]

Toutefois, ce qui semblerait, en conséquence, conférer de larges pouvoirs de détention aux agents chargés d'appliquer la loi est ensuite restreint par l'art. 464I qui fait la mise en garde suivante:

[TRADUCTION] 464I. Rien dans les articles 464 à 464H ne confère le pouvoir de détenir contre son gré une personne qui n'est pas en état d'arrestation.

Je souligne également que des dispositions législatives comparables ont été adoptées en Australie-Méridionale dans la *Police Offences Act Amendment Act, 1985* (No. 46): voir notamment les art. 32 et 34.

(4) *Les commissions de réforme du droit*

La question de la détention préliminaire pour fins d'interrogatoire dans le cadre d'une enquête a été étudiée par la Commission de réforme du droit de l'Australie dans *Criminal Investigation*, précité, où la majorité des membres a conclu, à l'alinéa 66:

[TRADUCTION] ... un policier ne devrait pas, sans l'informer préalablement de ses droits, interroger une personne qu'il croit être l'auteur d'un crime grave, ni essayer de conduire cette personne au poste de police ou ailleurs pour tenter d'obtenir des éléments de preuve destinés à être utilisés contre elle ...

Il y a eu toutefois eu une dissidence. En effet, la minorité, à l'alinéa 72, a estimé que:

[TRADUCTION] ... un policier devrait, pendant la phase initiale de l'enquête, pouvoir être libre d'interroger tout citoyen, qu'il soit ou non au nombre des suspects [...] la mise en garde à une personne qui a peut-être participé à une infraction et la demande qui lui est faite de reconnaître par écrit qu'elle a reçu cette mise en garde sont susceptibles de gêner la tenue d'une enquête adéquate et convenable par la police.

Une opinion analogue a été exprimée en Écosse où, dans un rapport préparé pour le secrétaire d'État et intitulé *Criminal Procedure in Scotland* (Second Report) (1975), à l'alinéa 3.13, l'on préconise une période de détention pour fins d'enquête:

[TRADUCTION] Évidemment, il ne devrait pas être permis à la police d'arrêter toute personne qu'elle veut interro-

example, that a suspected violent criminal with significant evidence on his clothing has to be left at large while the police seek other evidence of his guilt sufficient to entitle them to charge. [Emphasis added.]

The period of detention, according to the Commission, was to be no longer than was necessary in the interests of justice and should not, in any event, exceed a fixed period of time (six hours) at the end of which the person would either be charged or released (3.15 and 3.25). An officer would only be able to detain the person where he or she had reasonable cause to suspect that the person had committed an offence for which there already existed the power to arrest without warrant (3.16) and there would be no general right to the assistance of counsel during the detention although this would be overridden if the police intended to search body cavities or take physical samples (3.24).

This position was not retained by our Canadian Law Reform Commission. In *Arrest* (Report 29) (1986), at p. 20, the Commission cautioned against the creation of any sort of intermediate position between arrest and complete liberty, arguing that either someone ought to be arrested and entitled to the full gamut of legal guarantees which that state entails, or they ought to be explicitly cautioned that their assistance is entirely voluntary. It is my respectful contention, however, that a balance which takes the rights of a possible suspect into account yet which protects the public at large by fulfilling reasonable expectations about law enforcement may be found by moving closer to the American position. In my view, a large-scale endorsement of *Le Dain J.*'s third scenario in *Therens* would take Canadian justice to a point where the former interest, albeit a vitally important one, would be protected to the great detriment and complete neglect of the latter. The *Charter* cannot be interpreted in a manner which produces such an anomalous and unbalanced stance. Adopting a brief period of investigatory detention anterior to the point at which the full extent of the *Charter* rights take hold combines common sense and practicality while still being sufficiently sensitive to the protection of

ger, mais il semble manifestement injuste, par exemple, qu'une personne soupçonnée d'être l'auteur d'un crime violent, qui a sur ses vêtements d'importants éléments de preuve, doive être laissée en liberté pendant que la police cherche d'autres preuves de sa culpabilité qui soient suffisantes pour fonder une accusation. [Je souligne.]

La durée de la détention, d'après la Commission, ne devrait pas être plus longue que nécessaire dans l'intérêt de la justice et, de toute façon, ne devrait pas dépasser une période déterminée (six heures), au bout de laquelle la personne serait soit accusée, soit relâchée (3.15 et 3.25). Un policier ne pourrait détenir la personne que s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que celle-ci a commis une infraction à l'égard de laquelle il existait déjà un pouvoir d'effectuer une arrestation sans mandat (3.16) et il n'y aurait aucun droit général à l'assistance d'un avocat pendant cette détention, sauf si la police entendait fouiller les cavités corporelles ou faire des prélèvements physiques (3.24).

Cette position n'a pas été retenue par notre Commission de réforme du droit du Canada. Dans *L'arrestation* (rapport 29) (1986), aux pp. 22 et 23, la Commission, en mettant en garde contre la création de quelque moyen terme que ce soit entre l'arrestation et la liberté totale, a soutenu qu'une personne devrait soit être arrêtée et bénéficier ainsi de toute la gamme des garanties juridiques propres à cet état, soit être informée explicitement que sa coopération est absolument volontaire. J'estime cependant, pour ma part, qu'en se rapprochant de la position américaine, on pourrait établir un équilibre qui tienne compte des droits d'un suspect éventuel et qui protège en même temps le grand public en répondant à ses attentes raisonnables en matière d'application de la loi. À mon avis, l'acceptation sans nuance de la troisième hypothèse envisagée par le juge *Le Dain* dans l'arrêt *Therens* ferait en sorte que, dans le système judiciaire canadien, le premier intérêt, quoique d'une importance vitale, serait protégé au grand détriment et au complet abandon du second. Or, la *Charte* ne saurait être interprétée de façon à produire un résultat aussi tranché et dépourvu de nuances. Permettre une courte période de détention préliminaire dans la poursuite d'une enquête antérieurement au

individual rights as guaranteed by our *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Conclusion

In my opinion it is neither sound constitutional interpretation nor sound constitutional policy for the s. 10(b) rights guaranteed in the *Charter* to be required at every instance where a citizen may feel, rightly or wrongly, psychological compulsion in the presence of a police officer. It is clear to me that the rights guaranteed therein should be rendered active, if I may use those terms, at a point much later in the process—after a period where the police have an opportunity to assess the situation which confronts them, to identify possible witnesses and suspects, and to confirm the initial information they receive. With respect to those who hold a contrary view, it would seem to me to be misguided to require the police to issue warnings pursuant to s. 10(b) to all the people they meet at the scene of an accident, or, as in the case currently before us, after they receive a call and must investigate some kind of a disturbance, on the off-chance that someone with whom they communicate may feel some kind of compulsion and make a self-incriminating statement.

While Professors de Montigny and Stuart may have legitimate concerns over the rights of a future accused in the proceedings prior to the laying of a charge, these concerns seem to me to be misplaced at such an early stage of an investigation and should not result in the obliteration of values which are equally important. As Justice Benjamin Cardozo remarked in *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934), at p. 122:

The law, as we have seen, is sedulous in maintaining for a defendant charged with crime whatever forms of procedure are of the essence of an opportunity to defend. Privileges so fundamental as to be inherent in every concept of a fair trial that could be acceptable to the thought of reasonable men will be kept inviolate and inviolable, however crushing may be the pressure of incriminating proof. But justice, though due to the

moment où commence à jouer la plénitude des droits conférés par la *Charte*, c'est faire preuve, à mon avis, de bon sens et d'esprit pratique tout en se montrant suffisamment soucieux de protéger les droits individuels garantis par notre *Charte canadienne des droits et libertés*.

Conclusion

Selon moi, ce n'est pas adopter une interprétation correcte ni de saine politique judiciaire que d'accorder les droits garantis par l'al. 10b) de la *Charte* dans chaque cas où un citoyen peut, à tort ou à raison, se sentir soumis à une contrainte psychologique en présence d'un agent de police. Il me paraît évident que les droits en question devraient entrer en jeu, si je puis m'exprimer ainsi, plus tard dans le processus, c'est-à-dire après que la police a eu la possibilité d'apprécier la situation à laquelle elle se trouve confrontée, d'identifier d'éventuels témoins et suspects et de confirmer les premiers renseignements reçus. Sauf le respect que je dois aux tenants du point de vue contraire, il me semble peu judicieux d'exiger que les policiers mettent en garde, conformément à l'al. 10b), toutes les personnes qu'ils rencontrent sur les lieux d'un accident ou, comme en l'espèce, après avoir été appelés à faire enquête sur un incident quelconque, au cas où quelqu'un avec qui ils communiquent se sentirait soumis à une sorte de contrainte et ferait une déclaration incriminante.

Quoique les professeurs de Montigny et Stuart, puissent entretenir des craintes légitimes en ce qui concerne le respect des droits d'un futur accusé dans le cadre des procédures préalables au dépôt d'une accusation, ces craintes me semblent déplacées à ce stade tout à fait préliminaire et ne devraient pas entraîner l'anéantissement de valeurs tout aussi importantes. Ainsi qu'en a fait la remarque le juge Benjamin Cardozo dans l'arrêt *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934), à la p. 122:

[TRADUCTION] Le droit, nous l'avons déjà constaté, s'attache à mettre à la disposition d'un défendeur accusé d'un crime toutes les formes de procédure qui sont de nature à lui permettre de se défendre. Des privilèges à ce point fondamentaux qu'ils sont inhérents à toute notion d'un procès équitable qui pourrait être acceptable pour des hommes raisonnables demeureront inviolés et inviolables, pour écrasant que soit le poids d'une preuve

accused, is due to the accuser also. The concept of fairness must not be strained till it is narrowed to a filament. We are to keep the balance true. [Emphasis added.]

The American experience in the area has shown, I think, that there is a middle ground where the concerns expressed above may co-exist with effective law enforcement. To adopt a position which prevents state agents from attempting to gain any sort of information whatsoever from those persons whom, as a matter of simple common sense, they would routinely be expected to question would be to confuse constitutional vigilance with paranoia. We must be careful not to leave this common sense at the doorstep when we are called on to interpret the *Charter*.

Application to the Facts at Bar

On the facts of this case, I would hold that the appellant was not detained within the meaning of s. 10(b) when he made the statements in question to the police officers. There was, therefore, no violation and no need to proceed to the stage of deciding whether or not the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. However, should I be mistaken on this view of the law, I would still hold that pursuant to the criteria set down in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the statements ought not to have been excluded under s. 24(2) since their admission, in my view, would not bring the administration of justice into disrepute and render the trial unfair.

For these reasons I am in agreement with the courts below and would dismiss this appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Smart & Associates, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

incriminante. Mais justice, bien qu'elle doit être rendue à l'accusé, doit l'être également à l'accusateur. Le concept d'équité ne doit pas être poussé à l'excès. Il est de notre devoir de maintenir un juste équilibre. [Je souligne.]

L'expérience américaine dans ce domaine démontre, je crois, qu'il existe un moyen terme qui tient compte à la fois des préoccupations énoncées ci-dessus et de l'application efficace de la loi. Ce serait confondre vigilance constitutionnelle et paranoïa que d'adopter une position qui empêcherait les agents de l'État de tenter d'obtenir quelque renseignement que ce soit de personnes qu'on s'attendrait tout naturellement, selon le simple bon sens, à voir interrogées par eux. Il n'est pas dit qu'on doive abandonner ce bon sens lorsque nous sommes appelés à interpréter la *Charte*.

Application aux faits de l'espèce

Compte tenu des faits de la présente affaire, je conclurais que l'appellant n'était pas détenu au sens de l'al. 10b) lorsqu'il a fait les déclarations en question aux agents de police. Il n'y a eu, en conséquence, aucune violation et il n'est donc pas nécessaire de passer à l'étape qui consiste à décider si l'admission des éléments de preuve en question serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Toutefois, même si j'avais tort dans ma vision du droit, je conclurais tout de même que, suivant les critères établis dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, les déclarations n'auraient pas dû être écartées en vertu du par. 24(2) puisque leur admission, selon moi, n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et de rendre le procès inéquitable.

Pour ces motifs, je souscris à l'opinion des tribunaux d'instance inférieure et je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelant: Smart & Associates, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Victoria.