

**Brent Mark Leclair and Rodney James Ross**  
*Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROSS

File No.: 19176.

1988: January 27; 1989: January 19.

Present: Beetz, Estey\*, McIntyre, Lamer, Wilson,  
La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed of right to counsel — Accused unable to contact their respective lawyers in the middle of the night — Accused subsequently identified in a line-up — Whether accused given a reasonable and effective opportunity to retain and instruct counsel — Whether accused's right to counsel infringed — Whether accused waived right to counsel by refusing to call another lawyer or by participating in the line-up — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's right to counsel infringed — Accused subsequently identified in a line-up — Whether line-up evidence should be excluded under s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's right to counsel infringed — Accused subsequently identified in a line-up — Whether line-up evidence should be excluded under s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

Appellants L and R were charged with breaking and entering and with theft. Upon their arrest in the middle of the night, they were informed of their right to counsel without delay. They tried to phone their respective counsel but received no answer. The police then asked L

\* Estey J. took no part in the judgment.

**Brent Mark Leclair et Rodney James Ross**  
*Appellants*

c.

**a Sa Majesté La Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ROSS

N° du greffe: 19176.

b 1988: 27 janvier; 1989: 19 janvier.

Présents: Les juges Beetz, Estey\*, McIntyre, Lamer,  
Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

c

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusés informés de leur droit à l'assistance d'un avocat — Incapacité des accusés de communiquer avec leurs avocats respectifs au milieu de la nuit — Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification — Les accusés ont-ils eu une possibilité raisonnable et réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat? — Y a-t-il eu violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat? — Ont-ils renoncé à leur droit à l'assistance d'un avocat en refusant d'appeler un autre avocat ou en participant à la séance d'identification? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b).*

*f Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat — Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification — La preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*h Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat — Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification — La preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

Les appelants L et R ont été accusés d'introduction par effraction et de vol. Au moment de leur arrestation, au milieu de la nuit, ils ont été informés de leur droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Ils ont essayé de téléphoner à leurs avocats respectifs mais

\* Le juge Estey n'a pas pris part au jugement.

if he wanted to call another lawyer and he said "no". Shortly after, the appellants were identified in a line-up. Neither of the appellants was advised that they were under no obligation to participate in the line-up. At trial, appellants' counsel asked that the line-up evidence be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as having been obtained in a manner that infringed their right under s. 10(b) of the *Charter* and because the admission of this evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. On a *voir dire*, the trial judge dismissed the application. The appellants were subsequently found guilty and the Court of Appeal dismissed their appeal from conviction. This appeal is to determine whether the appellants were given a reasonable and effective opportunity to retain and instruct counsel; and, if not, whether the line-up evidence obtained under the particular circumstances of this case should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

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

*Per* Beetz, Lamer, Wilson and La Forest JJ.: Section 10(b) of the *Charter* imposes at least two duties on the police in addition to the duty to inform detainees of their rights: first, the police must give the detainee who so wishes a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel without delay; second, the police must refrain from attempting to elicit evidence from the detainee until the detainee has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. Both of these aspects of appellants' right to counsel were infringed here. It was highly unlikely that they would be able to contact their counsel outside the normal office hours and there was no urgency or other compelling reason justifying proceeding with the line-up so precipitously. Once a detainee has asserted his right to counsel, the police cannot, in any way, compel the detainee to make a decision or participate in a process which could ultimately have an adverse effect in the conduct of an eventual trial until that person has had a reasonable opportunity to exercise that right.

The fact that L did not want to call another lawyer cannot be viewed as a waiver of his right to retain counsel. He merely asserted his right to counsel and to counsel of his choice. Accused or detained persons have

n'ont reçu aucune réponse. Les policiers ont alors demandé à L s'il voulait appeler un autre avocat et il a répondu que non. Peu après les appelants ont été identifiés au cours d'une séance d'identification. Ni l'un ni l'autre appelant n'a été informé qu'il n'était pas tenu de participer à la séance d'identification. Au procès, les avocats des appelants ont demandé que la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification soit écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle avait été obtenue d'une manière qui porte atteinte au droit que leur reconnaît l'al. 10b) de la *Charte* et parce que l'utilisation de cette preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Après un voir-dire, le juge du procès a rejeté la demande. Les appelants ont par la suite été reconnus coupables et la Cour d'appel a rejeté leur appel de cette déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi vise à établir si on a accordé aux appelants une possibilité raisonnable et réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et, dans la négative, si la preuve d'identification recueillie dans les circonstances particulières de cette affaire aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

*Arrêt* (les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

*Les juges* Beetz, Lamer, Wilson et La Forest: L'alinéa 10b) de la *Charte* impose au moins deux obligations aux policiers en plus de celle d'informer les détenus de leurs droits. En premier lieu, les policiers doivent donner au détenu qui le désire une possibilité raisonnable d'exercer sans délai le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat; en second lieu, les policiers doivent s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve au détenu tant que celui-ci n'aura pas eu une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. En l'espèce, ces deux aspects du droit des appelants à l'assistance d'un avocat ont été violés. Il était très peu vraisemblable qu'ils puissent communiquer avec leur avocat en dehors des heures normales de bureau et aucune urgence ni aucune autre raison impérieuse ne justifiait la tenue aussi précipitée de la séance d'identification. Dès qu'un détenu a fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, les policiers ne peuvent en aucune façon, jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable d'exercer ce droit, le forcer à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès.

Le refus de L d'appeler un autre avocat ne peut être considéré comme une renonciation à son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il a simplement fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, et à l'avocat

a right to choose their counsel and it is only if the lawyer chosen cannot be available in a reasonable delay that the detainee or the accused should be expected to call another lawyer. Once L asserted his right to instruct counsel, and absent a clear indication that he had changed his mind, it was unreasonable for the police to proceed as if he had waived his right to counsel. Appellants' participation in the line-up cannot by itself amount to a waiver of the right to counsel.

In this case, the admission of the line-up evidence would bring the administration of justice into disrepute and should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair. It is true that, as a general matter, the identity of the accused is not evidence emanating from the accused, nor is it evidence that cannot be obtained but for the participation of the accused. However, the accused is participating in the construction of credible inculpatory evidence when he participates in a line-up. Obviously, evidence of a line-up held without the accused is irrelevant to the Crown's case. The accused, therefore, does not participate in the creation of "real evidence" of identity, but does participate in the creation of credible line-up evidence. The use of such evidence goes to the fairness of the trial process. The nature of the *Charter* violation is also relevant given the seriousness of the breach of rights. The appellants clearly asserted their right to counsel and there was no urgency of any kind to explain the behaviour of the police. Nothing prevented holding the line-up later in the day. This was not a case of a good faith error in police conduct which resulted in an inadvertent denial of the right to counsel.

*Per McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting):* The admission of the evidence of the identification line-up would not bring the administration of justice into disrepute. The fairness of the trial was not affected by the admission of the evidence. The identity of the appellants existed prior to the violation of the *Charter*, as did the perceptions of the witnesses to the crime. Such evidence comes into existence when an accused is seen committing the crime. The evidence cannot be considered as "emanating" from the appellants simply

de son choix. L'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce le droit d'appeler un autre avocat. L'ayant fait valoir son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et en l'absence d'indication claire qu'il avait changé d'avis, il était déraisonnable que les policiers agissent comme s'il avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. La participation des appelants à la séance d'identification ne peut en elle-même équivaloir à une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat.

En l'espèce, l'utilisation de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable. Il est vrai qu'en règle générale, l'identité de l'accusé n'est pas un élément de preuve émanant de l'accusé ni un élément de preuve qui ne peut être obtenu sans sa participation. Cependant, quand il participe à une séance d'identification, l'accusé participe à la constitution d'une preuve incriminante crédible. Évidemment, la poursuite ne peut obtenir une preuve pertinente au moyen d'une séance d'identification à laquelle l'accusé ne participe pas. Ainsi, bien qu'il ne participe pas à la création d'une «preuve matérielle» d'identité, l'accusé participe bien à la création d'une preuve crédible obtenue au moyen d'une séance d'identification. L'utilisation de cette preuve porte atteinte à l'équité du procès. La nature de la violation de la *Charte* est également pertinente étant donné la gravité de l'atteinte aux droits. Les appelants ont clairement fait valoir leur droit à l'assistance d'un avocat et absolument aucune urgence n'explique le comportement des policiers. Rien ne les empêchait de tenir une séance d'identification plus tard ce jour-là. Ce n'est pas un cas d'erreur de bonne foi dans la conduite des policiers qui résulterait par inadvertance en une négation du droit à l'assistance d'un avocat.

*Les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé (dissidents):* L'utilisation de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'utilisation de la preuve n'a pas porté atteinte à l'équité du procès. L'identité des appelants existait avant la violation de la *Charte*, tout comme les perceptions des témoins du crime. Une telle preuve existe dès qu'un accusé est vu en flagrant délit. Cette preuve ne peut pas être considérée comme «émanant» des appelants simplement parce qu'elle peut par la

because it may later be used to establish the credibility of identification evidence. Evidence that could not have been obtained but for the participation of the appellants will not automatically render the trial process unfair.

Section 24(2) of the *Charter* does not automatically provide for the exclusion of evidence when it has been obtained following a breach of a *Charter* right. Evidence will only be excluded when: "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". Such an assessment must be made on a case by case basis. In this case, given the strength of the Crown's case and given that the line-up was carried out in a fair manner, it is difficult to see how the admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute.

### Cases Cited

By Lamer J.

**Applied:** *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to:** *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *Marcoux and Solomon v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495.

### Statutes and Regulations Cited

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

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 453.4 [ad. c. 2 (2nd Supp.), s. 5].

*Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered December 21, 1984 dismissing appellants' appeal from their convictions on a charge of breaking and entering and of theft. Appeal allowed and a new trial ordered, McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

*Clayton C. Ruby and Melvyn Green*, for the appellant Leclair.

*Michael Code*, for the appellant Ross.

*Brian J. Gover*, for the respondent.

suite servir à établir la crédibilité de la preuve d'identification. Une preuve qui n'aurait pu être obtenue sans la participation des appelants ne rend pas automatiquement un procès inéquitable.

a Le paragraphe 24(2) de la *Charte* ne prévoit pas l'exclusion automatique d'une preuve obtenue à la suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Les éléments de preuve ne seront écartés que «s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Une telle évaluation dépendra des faits de chaque cas. En l'espèce, étant donné la force du dossier du ministère public et vu que la séance d'identification a été tenue d'une manière équitable, il est difficile d'admettre que l'utilisation de cette preuve soit susceptible de discréditer l'administration de la justice.

### Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

d **Arrêts appliqués:** *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés:** *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980.

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

*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

### Lois et règlements cités

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

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 453.4 [aj. chap. 2 (2<sup>e</sup> supp.), art. 5].

*Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1.

h POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 21 décembre 1984 qui a rejeté l'appel des appelants contre leur déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'introduction par effraction et de vol. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges i McIntyre et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

*Clayton C. Ruby et Melvyn Green*, pour l'appellant Leclair.

j *Michael Code*, pour l'appellant Ross.

*Brian J. Gover*, pour l'intimée.

The judgment of Beetz, Lamer, Wilson and La Forest JJ. was delivered by

LAMER J.—The appellants were convicted by a jury in Sault Ste. Marie of breaking and entering and of theft. Their appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed. They come to this Court by leave and they appeal on many grounds. As I am of the view that they should succeed in obtaining a new trial on one of those grounds, I need not fully examine the other grounds and furthermore I will limit my narration of the facts to those essential to that ground of appeal.

### The Facts

A break and enter occurred on July 18, 1983 into a dwelling-house in Sault Ste. Marie. The owners were not home at the time. A boarder was, but he was asleep and did not witness anything. However, two houses up the street there was a group including four young people, one of whom heard the sound of breaking glass. Upon noticing two figures at the home broken into, she yelled and the three others chased the perpetrators. It was around 10:00 p.m. The perpetrators were not caught and they escaped in various directions.

About 2½ hours later the police stopped a vehicle on a nearby street. Inside the car were four persons including the two appellants. When asked their names, the appellants gave false identities which they shortly thereafter corrected. Nothing was found after a search was conducted of the car and the occupants. The three boys, one aged 16 and two aged 17, were arrested and charged with break and enter.

All three were advised of their right to counsel. The appellants each tried to phone their respective counsel but received no answer. It was now around 2:00 a.m. The appellant Leclair was asked if he wanted to call another lawyer and he said "no". He was placed in a police cell. The appellant Ross was also taken to the cells. The police officer's notes did not indicate that the appellant Ross was asked if he wanted to call other counsel.

Version française du jugement des juges Beetz, Lamer, Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE LAMER—Un jury de Sault-Sainte-Marie a reconnu les appelants coupables d'introduction par effraction et de vol. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté leur appel. Ils ont obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour et fait valoir de nombreux moyens. Comme je suis d'avis qu'ils doivent avoir gain de cause sur un de ces moyens et obtenir ainsi la tenue d'un nouveau procès, je n'examinerai pas en détail les autres moyens et je limiterai ma narration des faits à ceux qui sont essentiels pour ce moyen.

### Les faits

Il y a eu introduction par effraction dans une maison d'habitation de Sault-Sainte-Marie le 18 juillet 1983. Les propriétaires étaient absents à ce moment-là. Un pensionnaire y était mais ne s'est rendu compte de rien car il dormait. Cependant, à deux maisons de là se trouvait un groupe de quatre jeunes personnes dont une a entendu le bruit d'une vitre qui se brise. Remarquant deux silhouettes dans la maison en question, elle a crié et les trois autres se sont lancés à la poursuite des malfaiteurs. Il était environ 22 h. Les malfaiteurs n'ont pas été rattrapés, chacun s'étant enfui dans une direction différente.

Environ deux heures et demie plus tard, dans une rue avoisinante, la police a intercepté une voiture dans laquelle se trouvaient quatre personnes dont les deux appelants. Quand on leur a demandé leur nom, les appelants ont donné de fausses identités, ce qu'ils ont corrigé peu après. Une fouille de la voiture et de ses occupants n'a donné aucun résultat. Les trois garçons, un de 16 ans et deux de 17, ont été arrêtés et accusés d'introduction par effraction.

Les trois ont été informés de leur droit à l'assistance d'un avocat. Les appelants ont tenté de téléphoner à leurs avocats respectifs, mais n'ont reçu aucune réponse. Il était environ 2 h du matin. On a demandé à l'appellant Leclair s'il voulait appeler un autre avocat et il a répondu que non. Il a été mis en cellule, de même que l'appellant Ross. Les notes des agents de police ne disent pas qu'on a demandé à l'appellant Ross s'il voulait appeler un autre avocat.

In the middle of the night, the officers went to a nearby pinball arcade and found 7 people, of similar age to the accused, who could participate in a line-up. The four young witnesses were then taken to the police station and the line-up was held at 3:00 a.m. Neither of the appellants was advised that they were under no obligation to participate. At trial the appellant Ross asked that the line-up evidence be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it was obtained in a manner that infringed or denied his right under s. 10(b) of the *Charter* and because the admission of this evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The appellant Leclair initially joined Ross in this *Charter* application but it would appear, from a reading of the record, that he abandoned the application. This case was argued in the Court of Appeal and in this Court as if Leclair had not abandoned the application, and the respondent Crown has not raised the matter. I therefore intend to deal with this appeal as if both Leclair and Ross pressed the matter to its conclusion.

### The Judgments

Senior judge Vannini held a *voir dire* and came to the conclusion that the accused Ross had been informed of and given an opportunity to exercise his right to counsel prior to the line-up, and found no violation of Ross's right to counsel. He also found that:

Because neither a suspect, nor an accused can be compelled to participate in a police line-up, *Marcoux and Solomon v. The Queen*, [[1976] 1 S.C.R. 763], it can be said to be the right of a suspect or of an accused to refuse to participate in a line-up.

However, it does not follow from this that there is a duty upon the police to inform them of this right, nor does the failure to do so bring the administration of justice into disrepute.

The gist of the Court of Appeal's reasons in relation to the *Charter* issue are to be found in the following paragraph:

The trial judge held that their rights had not been infringed upon and, in any event, he would not have

Au milieu de la nuit, les agents se sont rendus dans une salle de jeux électroniques du voisinage où ils ont trouvé sept personnes de l'âge des accusés qui pouvaient participer à une séance d'identification. Les quatre jeunes témoins ont été amenés au poste de police et la séance d'identification a eu lieu à 3 h du matin. Ni l'un ni l'autre appelant n'a été informé qu'il n'était pas tenu d'y participer. Au procès, l'appelant Ross a demandé que la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification soit écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle avait été obtenue d'une manière qui viole ou nie le droit que lui reconnaît l'al. 10b) de la *Charte* et parce que l'utilisation de cette preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'appelant Leclair s'est d'abord joint à Ross dans sa demande fondée sur la *Charte* mais il semble, d'après le dossier, qu'il ait abandonné sa demande. Cette affaire a été plaidée en Cour d'appel et en cette Cour comme si Leclair n'avait pas abandonné la demande et le ministère public intimé n'a pas soulevé la question. J'agirai donc comme si et Leclair et Ross avaient maintenu leur demande jusqu'à la fin.

### Les jugements

Après un voir-dire, le juge principal Vannini est arrivé à la conclusion que l'accusé Ross avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat, droit qu'on lui avait donné la possibilité d'exercer avant la séance d'identification, et qu'il n'y avait pas eu violation du droit de Ross à l'assistance d'un avocat. Il a également conclu que:

[TRADUCTION] Comme ni un suspect ni un accusé ne peut être forcé à participer à une séance d'identification, *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [[1976] 1 R.C.S. 763], on peut dire qu'un suspect ou un accusé a le droit de refuser d'y participer.

Cela ne veut pas dire toutefois que la police a l'obligation de l'informer de ce droit, ni que l'omission de le faire déconsidère l'administration de la justice.

La substance des motifs de la Cour d'appel quant au litige relatif à la *Charte* se trouve dans le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Le juge du procès a conclu que leurs droits n'avaient pas été violés et, de toute façon, il

excluded the evidence. He was satisfied that to admit the evidence, even assuming that there had been a breach of the appellants' rights, would not bring the administration of justice into disrepute. There was no suggestion of bad faith on the part of the officers, and from a view of the line-up we think the line-up was eminently fair. Even assuming without deciding that there had been a breach of their rights, we would not interfere with the judge's determination that the evidence with respect to the line-up should have been admitted.

### The Issue

The issue in this case is whether the Ontario Court of Appeal erred in law in holding that the evidence of the identification line-up ought not to have been excluded pursuant to s. 24(2) and s. 10(b) of the *Charter*. A determination of this issue requires us to address the following questions:

1. Were the appellants given a reasonable and effective opportunity to retain and instruct counsel?
2. If not, was the line-up evidence obtained under the particular circumstances of this case to be excluded under s. 24(2)?

### The Legislation

The following provisions of the *Charter* are relevant to this appeal:

**10.** Everyone has the right on arrest or detention

(a) ...

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

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

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

n'aurait pas écarté la preuve. Il était convaincu que l'utilisation de la preuve, même en présumant qu'il y avait eu violation des droits des appelants, n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Aucune mauvaise foi n'a été imputée aux policiers et, après examen de la séance d'identification, nous pensons qu'elle s'est déroulée de façon éminemment juste. Même en supposant, sans l'affirmer, qu'il y a eu violation de leurs droits, nous ne modifierions pas la décision du juge que la preuve relative à la séance d'identification devait être admise.

### Question en litige

La question en litige ici est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur de droit en concluant que la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification n'aurait pas dû être écartée en application du par. 24(2) et de l'al. 10b) de la *Charte*. Pour trancher cette question nous devons examiner les questions suivantes:

1. A-t-on donné aux appelants une possibilité raisonnable et réelle de recourir à l'assistance d'un avocat?
2. Dans la négative, la preuve fondée sur la séance d'identification doit-elle être écartée en vertu du par. 24(2), compte tenu des circonstances particulières de l'espèce?

### Les textes législatifs

Voici les dispositions pertinentes de la *Charte*:

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

(a) ...

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

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

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

### Analysis

#### 1) *A Reasonable and Effective Opportunity to Retain and Instruct Counsel*

The appellants were obviously detained and that they had the right to retain and instruct counsel is not in dispute. Moreover, the police complied initially with s. 10(b) and advised Ross and Leclair of their right to retain and instruct counsel without delay. As this Court held in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, s. 10(b) imposes at least two duties on the police in addition to the duty to inform detainees of their rights. The first is that the police must give the accused or detained person who so wishes a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel without delay. The second is that the police must refrain from attempting to elicit evidence from the detainee until the detainee has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. I am of the view that in this case the police fulfilled neither duty.

#### The First Duty: Affording a Reasonable Opportunity

Having been informed of their right to counsel and having clearly indicated their desire to assert that right, both appellants were permitted to telephone lawyers of their choice but were unable to make contact with them. This is hardly surprising since the calls were made at approximately 2:00 a.m. In the circumstances, it was highly unlikely that they would be able to contact their counsel before normal office opening hours.

At this juncture, I would underline the fact that the appellant Leclair was asked if he wanted to call another lawyer and his answer was "no". The Crown's submission was that by giving this answer Leclair waived his right to counsel. I do not agree. Leclair had clearly indicated that he wished to contact his lawyer. The mere fact that he did not want to call another lawyer cannot fairly be viewed as a waiver of his right to retain counsel. Quite the contrary, he merely asserted his right to counsel and to counsel of his choice. Although an accused or detained person has the right to choose

### Analyse

#### 1) *Une possibilité raisonnable et réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.*

Les appelants étaient manifestement détenus et il n'est pas contesté qu'ils avaient le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. De plus, les policiers se sont tout d'abord conformés à l'al. 10b) et ont informé Ross et Leclair de leur droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Comme l'a conclu cette Cour dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, l'al. 10b) impose au moins deux obligations aux policiers en plus de celle d'informer les détenus de leurs droits. En premier lieu, les policiers doivent donner à l'accusé ou au détenu qui le désire une possibilité raisonnable d'exercer sans délai le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En second lieu, les policiers doivent s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve au détenu tant que celui-ci n'aura pas eu une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. Je suis d'avis qu'en l'espèce les policiers n'ont rempli aucune de ces obligations.

#### La première obligation: accorder une possibilité raisonnable

Ayant été informés de leur droit à l'assistance d'un avocat et ayant clairement indiqué leur désir de faire valoir ce droit, les deux appelants ont été autorisés à téléphoner à des avocats de leur choix mais ils n'ont pas pu les rejoindre. Cela n'est guère surprenant puisque ces appels ont été faits vers 2 h du matin. Dans les circonstances, il était très peu vraisemblable qu'ils puissent communiquer avec leur avocat avant l'heure d'ouverture des bureaux.

Je voudrais souligner ici qu'on a demandé à l'appellant Leclair s'il voulait appeler un autre avocat et qu'il a répondu que non. Le ministère public prétend que, par cette réponse, Leclair a renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Je ne suis pas d'accord. Leclair avait clairement indiqué qu'il désirait communiquer avec son avocat. Le simple refus d'appeler un autre avocat ne peut honnêtement être considéré comme une renonciation à son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Bien au contraire, il a simplement fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, et à



counsel, it must be noted that, as this Court said in *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, a detainee must be reasonably diligent in the exercise of these rights (and if he is not, the correlative duties imposed on the police and set out in *Manninen* are suspended. Reasonable diligence in the exercise of the right to choose one's counsel depends upon the context facing the accused or detained person. On being arrested, for example, the detained person is faced with an immediate need for legal advice and must exercise reasonable diligence accordingly. By contrast, when seeking the best lawyer to conduct a trial, the accused person faces no such immediacy. Nevertheless, accused or detained persons have a right to choose their counsel and it is only if the lawyer chosen cannot be available within a reasonable time that the detainee or the accused should be expected to exercise the right to counsel by calling another lawyer.

Moreover, once the appellant asserted his right to instruct counsel, and absent a clear indication that he had changed his mind, it was unreasonable for the police to proceed as if Leclair had waived his right to counsel. As a majority of this court held in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at pp. 394-95:

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

Since the evidence reveals that Leclair asserted his right to counsel, the burden of establishing an

l'avocat de son choix. Notons que comme l'a dit cette Cour dans l'arrêt *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, un prévenu ou un détenu, bien qu'il ait le droit de choisir un avocat, doit faire preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits, sinon les obligations corollaires qui, selon l'arrêt *Manninen*, sont imposées aux policiers, sont suspendues. La diligence raisonnable dans l'exercice du droit de choisir son avocat dépend de la situation dans laquelle se trouve l'accusé ou le détenu. Au moment de son arrestation, par exemple, le détenu a un besoin immédiat de conseils juridiques et doit faire preuve de diligence raisonnable en conséquence. Par contre, lorsqu'il cherche le meilleur avocat pour un procès, l'accusé n'est pas dans une telle situation d'urgence. Néanmoins, l'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce son droit à l'assistance d'un avocat en appelant un autre avocat.

De plus, l'appellant ayant fait valoir son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, et en l'absence d'indication claire qu'il avait changé d'avis, il était déraisonnable que les policiers agissent comme si Leclair avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Comme l'a conclu cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, aux pp. 394 et 395:

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

Comme la preuve révèle que Leclair a fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, il appartient

unequivocal waiver is on the Crown. Here, the Crown has failed to discharge the onus.

In the case of the appellant Ross, there is no evidence that the police even asked whether he wanted to call another lawyer. Once Ross had tried and failed to reach his lawyer, it would appear that the police assumed their obligation to provide a reasonable opportunity to retain counsel was at an end. One can reasonably infer that they also misconstrued the nature of their obligation as concerned the appellant Leclair. Obviously, there was no urgency or other reason justifying that the police proceed forthwith and it cannot be said that the appellants had a real opportunity to retain and instruct counsel. This therefore leads us to consider the second duty.

#### The Second Duty: Refraining from Taking Further Steps

Having seen that the appellants got no answer to their phone calls, the police officers placed them in police cells and a few minutes later, the appellants were told to participate in a line-up, which they did.

The police were mistaken to follow such a procedure. As this Court held in *Manninen*, the police have, at least, a duty to cease questioning or otherwise attempting to elicit evidence from the detainee until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. In my view, the right to counsel also means that, once an accused or detained person has asserted that right, the police cannot, in any way, compel the detainee or accused person to make a decision or participate in a process which could ultimately have an adverse effect in the conduct of an eventual trial until that person has had a reasonable opportunity to exercise that right. In the case at bar, it cannot be said that the appellants had a real opportunity to retain and instruct counsel before the line-up was held. Nor can it be said that there was any urgency or

au ministère public d'établir qu'il y a clairement renoncé. En l'espèce, le ministère public ne s'est pas acquitté de cette obligation.

Pour ce qui est de l'appellant Ross, il n'y a aucune preuve que les policiers lui aient jamais demandé s'il voulait appeler un autre avocat. Après que Ross eut essayé sans succès de rejoindre son avocat, il semble que les policiers aient présumé que leur obligation d'accorder une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat s'arrêtait là. On peut raisonnablement déduire qu'ils ont également mal interprété la nature de leur obligation à l'égard de l'appellant Leclair. De toute évidence, aucune urgence ni aucune autre raison ne justifiait les policiers à agir immédiatement et on ne peut dire que les appellants ont eu une possibilité réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Cela nous amène donc à l'examen de la seconde obligation.

#### La seconde obligation: s'abstenir de prendre d'autres mesures

Ayant constaté que les appelants n'obtenaient aucune réponse à leurs appels téléphoniques, les policiers les ont mis en cellule et, quelques minutes plus tard, leur ont dit de participer à une séance d'identification, ce qu'ils ont fait.

Les policiers ont commis une erreur en procédant ainsi. Comme cette Cour l'a conclu dans l'arrêt *Manninen*, les policiers ont, au moins, une obligation de cesser d'interroger le détenu ou de tenter autrement de lui soutirer des éléments de preuve tant qu'il ne se sera pas vu offrir une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. Le droit à l'assistance d'un avocat signifie également à mon avis que, dès qu'un accusé ou un détenu a fait valoir ce droit, les policiers ne peuvent en aucune façon, jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable d'exercer ce droit, le forcer à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès. On ne peut dire en l'espèce que les appelants ont eu une possibilité réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant la séance d'identification. On ne peut pas dire non plus qu'il y avait quelque urgence ou quelque autre raison impérieuse justi-

other compelling reason which justified proceeding with the line-up so precipitously.

The Crown urged upon us that it was necessary to hold the line-up immediately, while the memories of the witnesses were fresh and undisturbed. I cannot accept this submission. While it may be desirable to hold a line-up as soon as possible, this concern must generally yield to the right of the suspect to retain counsel, which right must, of course, be exercised with reasonable diligence. Here, the line-up was held with utmost, indeed highly unusual dispatch. There is nothing to suggest that the line-up could not have been held a few hours later, after the appellants had again attempted to contact their lawyers during normal business hours.

The respondent also submitted that there was no violation of the right to counsel because the appellants did not have the right to have their lawyers present during the line-up. This submission is without merit. Even if the appellants could not have their lawyers present during the line-up, this does not imply that counsel is of no assistance to a suspect. Identification evidence obtained through a line-up is usually strong evidence susceptible of influencing trial deliberations. The question as to whether a suspect has a positive right to refuse to participate in a line-up has not been decided in our law and was not raised in the courts below or by counsel before this Court. It would thus be inappropriate to resolve this question here. However, it is clear that there is no legal obligation to participate in a line-up. There is certainly no statutory obligation to participate in a line-up equivalent to s. 453.4 of the *Criminal Code* which, together with the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, obliges an accused person to appear before a police officer for the purposes of fingerprinting. Nor have the courts ever imposed an obligation to participate in a line-up. Since there is no such legal obligation, it is clear that counsel has an important role in advising a client about participating voluntarily in a line-up. In *Marcoux and Solomon v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, this Court con-

fiant la tenue aussi précipitée de la séance d'identification.

Le ministère public a fait valoir devant nous qu'il était nécessaire de tenir la séance d'identification immédiatement, tandis que les événements étaient encore frais et clairs à la mémoire des témoins. Je ne peux accepter cet argument. Bien qu'il puisse être souhaitable de tenir rapidement une séance d'identification, cette préoccupation doit généralement céder le pas au droit du suspect d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, droit qui doit évidemment être exercé avec une diligence raisonnable. En l'espèce, la séance d'identification a été tenue avec une promptitude extrême et même tout à fait inhabituelle. Rien ne nous permet de penser qu'elle n'aurait pas pu avoir lieu quelques heures plus tard, après que les appelants auraient de nouveau tenté de rejoindre leurs avocats pendant les heures normales de bureau.

L'intimée a également prétendu qu'il n'y a pas eu violation du droit à l'assistance d'un avocat parce que les appelants n'avaient pas droit à la présence de leurs avocats au cours de la séance d'identification. Cette prétention n'est pas fondée. Même si leurs avocats ne pouvaient pas être présents au cours de la séance d'identification, cela ne signifie pas qu'un avocat n'est d'aucune utilité à un suspect. La preuve d'identification obtenue au moyen d'une séance d'identification est ordinairement un élément de preuve solide susceptible d'influencer les délibérations du procès. La question de savoir si un suspect a le droit effectif de refuser de participer à une séance d'identification n'a pas été tranchée dans notre droit et n'a pas été soulevée devant les cours d'instance inférieure ni devant cette Cour. Il ne conviendrait donc pas de trancher cette question ici. Cependant, il est clair qu'il n'y a aucune obligation juridique de participer à une séance d'identification. Il n'y a certainement dans la loi aucune obligation de participer à une séance d'identification qui équivaille à l'art. 453.4 du *Code criminel* qui, conjugué à la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1, oblige un accusé à comparaître devant un agent de police pour la prise d'empreintes digitales. Les tribunaux n'ont jamais imposé non plus d'obligation de participer à une séance d'identification.

sidered the case of an accused who refused to participate in a line-up. The police subsequently had a witness confront the accused directly and the witness made a positive identification. Evidence that the accused refused to participate in the line-up was admitted to meet the contention that the police failed to conduct a proper line-up. This case illustrates that while an accused or detained person has no obligation to participate in a line-up, failure to do so can have legal consequences respecting the evidence that might be admitted at trial. In the case at bar, had the appellants been allowed access to their lawyers, they could have been advised that they were under no statutory obligation to participate in the line-up, although failure to do so might have certain prejudicial consequences. They could have been advised, for example, not to participate unless they were given a photograph of the line-up, or not to participate if the others in the line-up were obviously older than themselves. In short, they could have been told how a well-run line-up is conducted, even though there is no statutory framework governing the line-up process. It was this advice, not the presence of their lawyers at the line-up, of which the appellants were deprived.

Furthermore, that the accused did not refuse to participate in the line-up cannot by itself amount to a waiver of the right to counsel. The very purpose of the right to counsel is to ensure that those who are accused or detained be advised of their legal rights and how to exercise them when dealing with the authorities. It would contradict this purpose to conclude that a detained or accused person has waived the right to counsel simply by submitting, before being instructed by counsel, to precisely those attempts to secure the detainee's participation from which the police should refrain. Here, the appellants were unable to make an informed decision about participating in the line-

Puisque cette obligation juridique n'existe pas, il est évident que l'avocat joue un rôle important quand il donne des conseils à un client sur la participation volontaire à une séance d'identification. Dans *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, cette Cour a examiné le cas d'un accusé qui avait refusé de participer à une séance d'identification. La police avait plus tard confronté un témoin directement avec l'accusé et le témoin l'avait identifié positivement. On a admis la preuve que l'accusé avait refusé de participer à la séance d'identification pour répondre à la prétention que la police n'avait pas tenu de séance d'identification appropriée. Cette affaire montre que, bien qu'un accusé ou un détenu ne soit pas obligé de participer à une séance d'identification, le refus de le faire peut avoir des conséquences sur la preuve qui peut être admise au procès. Dans la présente espèce, si les appelants avaient pu rejoindre leurs avocats, ils auraient pu apprendre que la loi ne les obligeait pas à participer à la séance d'identification mais que le refus de le faire pouvait avoir certaines conséquences préjudiciables. Les avocats auraient pu, par exemple, leur conseiller de ne pas participer sans obtenir d'abord une photo des personnes choisies pour la séance d'identification ou de ne pas participer si ces autres personnes étaient manifestement plus âgées qu'eux. Bref, même s'il n'existe aucun cadre législatif la régissant, on aurait pu leur dire comment se passe une séance d'identification bien menée. C'est de ces conseils, non de la présence de leurs avocats à la séance d'identification, que les appelants ont été privés.

En outre, l'acceptation des accusés de participer à la séance d'identification ne peut en elle-même équivaloir à une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. Le but même du droit à l'assistance d'un avocat est d'assurer que les personnes accusées ou détenues reçoivent des conseils sur leurs droits et la manière de les exercer quand elles traitent avec les autorités. Ce serait aller à l'encontre de ce but que de conclure qu'un détenu ou un accusé a renoncé au droit à l'assistance d'un avocat simplement parce que, avant d'avoir bénéficié des conseils d'un avocat, il s'est soumis aux tentatives d'obtenir la participation du détenu, tentatives dont la police devrait s'abstenir. En l'es-

up because they were ignorant of their legal position, not having been advised by their lawyers. Nor did the police even give them the choice as to whether they should participate. In the circumstances, therefore, to conclude that the appellants had waived their rights by participating in the line-up would render the right to counsel nugatory.

## 2) *The Exclusion of Evidence Under s. 24(2)*

This Court recently decided in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, that for the purposes of s. 24(2), evidence was "obtained in a manner that infringed or denied . . . rights" guaranteed by the *Charter* if the violation of one of those rights precedes the discovery of evidence, and if that discovery of evidence was not too remote from the violation. In this case the violation of the right to counsel was immediately prior to the discovery of evidence through the line-up. There is no question of remoteness; in fact there was even a direct link between the violation of the right to counsel and the evidence obtained. As such, what remains to be determined is whether the line-up evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Evidence must be excluded under s. 24(2) if, having regard to all the circumstances, it is established that it would (in the sense that it could) bring the administration of justice into disrepute to admit the evidence.

In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, a majority of this Court found it useful to identify three groups of factors which must be balanced by the Court in determining whether the admission of the evidence into the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. The first category of factors relates to the fairness of the trial process, the second relates to the seriousness of the *Charter* violation and the third relates to the effect of excluding the evidence and, more particularly, to the question as to whether the reputation of the system will be better served by the admission or the exclusion of the evidence.

pèce, les appelants étaient incapables de prendre une décision éclairée quant à la participation à la séance d'identification parce que, n'ayant pas reçu de conseils de leurs avocats, ils ne connaissaient pas leur situation juridique. Et les policiers ne leur ont même pas laissé le choix de participer ou non. Dans les circonstances donc, conclure que les appelants ont renoncé à leurs droits en participant à la séance d'identification rendrait futile le droit à l'assistance d'un avocat.

## 2) *L'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2)*

Cette Cour a décidé récemment dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, que pour les fins du par. 24(2) les éléments de preuve «ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits» garantis par la *Charte* si la violation d'un de ces droits est antérieure à la découverte des éléments de preuve et si cette découverte n'est pas trop éloignée de la violation. Ici, la violation du droit à l'assistance d'un avocat a eu lieu immédiatement avant la découverte des éléments de preuve au moyen de la séance d'identification. Il n'est pas question de lien éloigné; en fait, il y a même un lien direct entre la violation du droit à l'assistance d'un avocat et les éléments de preuve obtenus. Il reste donc à déterminer si la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Les éléments de preuve doivent être écartés en vertu du par. 24(2) s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer (dans le sens qu'elle pourrait déconsidérer) l'administration de la justice.

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, cette Cour à la majorité a estimé utile d'identifier trois groupes de facteurs dont le tribunal doit tenir compte pour déterminer si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La première catégorie de facteurs a trait à l'équité du procès, la seconde à la gravité de la violation de la *Charte* et la troisième à l'effet de l'exclusion de la preuve, plus particulièrement à la question de savoir s'il est préférable, pour la réputation du système, d'utiliser ou d'écartier la preuve.

In this case, there can be no doubt as to the importance of the line-up evidence. As the majority of this Court held in *Collins*, among the factors relevant to determining the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial is the nature of the evidence obtained as a result of the violation. Any evidence obtained, after a violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself through a confession or other evidence emanating from him would tend to render the trial process unfair. In *Collins* we used the expression "emanating from him" since we were concerned with a statement. But we did not limit the kind of evidence susceptible of rendering the trial process unfair to this kind of evidence. I am of the opinion that the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair.

It is true that, as a general matter, the identity of the accused is not evidence emanating from the accused, nor is it evidence that cannot be obtained but for the participation of the accused. A person's identity is pre-existing "real evidence" inasmuch as a person's physical characteristics exist irrespective of any *Charter* violation or of any steps taken by the police.

However, the identification evidence obtained through a line-up is not simply pre-existing "real evidence" in this sense. The purpose of a line-up is two-fold. First, a line-up is designed to identify the detainee as the author of the crime. But second, and most important to the discussion here, the procedure of a line-up is designed to reinforce the credibility of identification evidence. In this sense the object of the line-up is to construct evidence that the accused was picked out from among a similar group of people, by a witness who was not prompted in any way to make that choice, and to settle the memory of the witness for the purpose of the trial. When participating in a line-up, the accused is participating in the construction of credible inculpatory evidence. Obviously, this piece of evidence could not be obtained without the accused's participation in its construction since the evidence of a line-up held without the presence of

En l'espèce, l'importance de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification ne peut pas faire de doute. Comme cette Cour à la majorité l'a conclu dans l'arrêt *Collins*, la nature de la preuve obtenue par suite de la violation fait partie des facteurs pertinents qui servent à déterminer l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès. Toute preuve qu'on obtient, après une violation de la *Charte*, en conscrivant l'accusé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui est susceptible de rendre le procès inéquitable. Dans l'arrêt *Collins*, nous avons employé l'expression «émanant de lui» parce qu'il s'agissait d'une déclaration. Mais nous n'avons pas limité à cela le genre de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Je suis d'avis que l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable.

Il est vrai qu'en règle générale, l'identité de l'accusé n'est pas un élément de preuve émanant de l'accusé ni un élément de preuve qui ne peut être obtenu sans sa participation. L'identité d'une personne est une «preuve matérielle» préexistante vu que les caractéristiques physiques d'une personne existent indépendamment de toute violation de la *Charte* ou de toute mesure prise par la police.

Cependant, la preuve d'identification obtenue au moyen d'une séance d'identification n'est pas simplement une «preuve matérielle» préexistante dans ce sens. La séance d'identification a un double but. Premièrement, elle est destinée à identifier le détenu comme étant l'auteur du crime. Mais deuxièmement, ce qui est plus important aux fins de la présente analyse, la procédure d'une séance d'identification est conçue pour renforcer la crédibilité de la preuve d'identification. En ce sens, l'objet de la séance d'identification est de constituer la preuve que l'accusé a été désigné parmi un groupe de personnes semblables, par un témoin qui n'a été incité d'aucune manière à faire ce choix, et de fixer la mémoire du témoin aux fins du procès. Quand il participe à une séance d'identification, l'accusé participe à la constitution d'une preuve incriminante crédible. Évidemment, cet élément de preuve ne pourrait être obtenu sans la participa-

the accused is irrelevant to the Crown's case. Thus, while the accused does not participate in the creation of "real evidence" of identity, the accused does participate in the creation of credible line-up evidence. An accused who is told to participate in a line-up before having had a reasonable opportunity to communicate with counsel is conscripted against himself since he is used as a means for creating evidence for the purposes of the trial. Line-up evidence is evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial. In my view, the use of such evidence goes to the fairness of the trial process.

The nature of the *Charter* violation is also relevant given that we are confronted with a serious breach of rights. The appellants clearly asserted their right to counsel and there was no urgency of any kind to explain the behaviour of the police. Nothing prevented them from holding the line-up later in the day. Nor is this a case of a good faith error in police conduct resulting in an inadvertent denial of the right to counsel. The police cannot be excused for misconstruing and misinterpreting the scope of their duty to provide a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. Nor is this a case, for example, in which a longstanding precedent favoring the police procedure in question has been overturned or in which a novel constitutional principle has first been introduced. The scope of the right to counsel in the circumstances of this case is clear and well-settled.

Furthermore, in this case, the appellants were young, 16 and 17 years old, and we can reasonably presume that they were not aware of their rights. Nor did the police inform them that they were not obliged to participate in the line-up. While the police were under no duty to give this information, had they done so this would have been a relevant

tion de l'accusé puisque la poursuite ne peut obtenir une preuve pertinente au moyen d'une séance d'identification à laquelle l'accusé ne participe pas. Ainsi, bien qu'il ne participe pas à la création d'une «preuve matérielle» d'identité, l'accusé participe bien à la création d'une preuve crédible obtenue au moyen d'une séance d'identification. Un accusé à qui on dit de participer à une séance d'identification avant qu'il ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat est conscrit contre lui-même puisqu'il est utilisé comme un moyen de créer une preuve aux fins du procès. Une preuve obtenue au moyen d'une séance d'identification n'aurait pu l'être sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès. À mon avis, l'utilisation de cette preuve porte atteinte à l'équité du procès.

La nature de la violation de la *Charte* est également pertinente étant donné que nous sommes en présence d'une atteinte grave aux droits. Les appellants ont clairement fait valoir leur droit à l'assistance d'un avocat et absolument aucune urgence n'explique le comportement des policiers. Rien ne les empêchait de tenir la séance d'identification plus tard ce jour-là. Ce n'est pas non plus un cas d'erreur de bonne foi qui résulterait par inadvertance en une négation du droit à l'assistance d'un avocat. On ne peut excuser les policiers d'avoir mal interprété l'étendue de leur obligation d'accorder une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il ne s'agit pas non plus d'un cas, par exemple, dans lequel on a écarté un précédent bien établi appuyant la procédure adoptée par les policiers ou dans lequel est introduit pour la première fois un nouveau principe constitutionnel. La portée du droit à l'assistance d'un avocat dans les circonstances de l'espèce est claire et bien établie.

En outre, en l'espèce, les appelants étaient jeunes, 16 et 17 ans, et nous pouvons raisonnablement présumer qu'ils ne connaissaient pas leurs droits. De plus, les policiers ne les ont pas informés qu'ils n'étaient pas obligés de participer à la séance d'identification. Les policiers n'avaient aucune obligation de donner ce renseignement, mais s'ils l'avaient fait, cela aurait constitué un facteur pertinent à apprécier en vertu du par. 24(2), bien que

factor to be weighted under s. 24(2), though probably not a determinative one in this case.

I am therefore of the opinion that, having regard to all the circumstances, the appellants have established that the admission of the line-up evidence into the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, the evidence should have been excluded and a new trial should be ordered.

I would accordingly allow the appeal and order a new trial.

The reasons of McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—The question that arises in this case is whether identification evidence obtained when the police placed the appellants in a line-up should be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Although apprised of their right to counsel immediately upon arrest, and given an opportunity to call counsel, I agree with Justice Lamer that the appellants were not given a reasonable opportunity to exercise this right. As my colleague points out, at approximately 2:00 a.m. it was unlikely that appellants could easily reach their counsel. I also agree that the facts do not support the conclusion that the appellants waived their right to counsel.

I am sympathetic to the Crown's concern that in many instances a line-up may be an urgent necessity in order to take advantage of the fresh memories of witnesses to a crime. One must also not lose sight of the fact that the purpose of a line-up is not necessarily inculpatory, but may also be exculpatory. In the case at bar no urgency or real fear of loss of evidence by the lapse of time has been demonstrated. In my view, there is a need for a flexible approach to the admission or exclusion of evidence. On the facts of this case I am unable to agree with my colleague that the admission of the evidence of the identification line-up would "bring

ce facteur n'eût probablement pas été concluant en l'espèce.

Je suis donc d'avis que, eu égard à l'ensemble des circonstances, les appelants ont établi que l'utilisation de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, la preuve aurait dû être écartée et la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les motifs des juges McIntyre et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—La question que soulève cette affaire consiste à déterminer si la preuve obtenue lorsque la police a fait participer les appelants à une séance d'identification devrait être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Malgré que les appelants aient été informés de leur droit à un avocat dès leur arrestation, et qu'ils aient eu l'occasion de téléphoner à leur avocat, je suis d'accord avec mon collègue le juge Lamer qu'on n'a pas donné aux appelants une occasion raisonnable d'exercer ce droit. Comme le souligne mon collègue, vers 2 h du matin il était peu probable que les appelants puissent communiquer avec leur avocat. Je suis aussi d'accord que les faits de l'espèce ne permettent pas de conclure que les appelants ont renoncé à leur droit à l'avocat.

Je comprends que la Couronne puisse s'inquiéter du fait qu'il est souvent urgent de procéder à une séance d'identification alors que les événements sont encore frais à la mémoire des témoins. Il ne faut pas non plus perdre de vue que la séance d'identification n'a pas uniquement pour but de confirmer la culpabilité du suspect mais a aussi la possibilité de l'innocenter. Dans le présent cas, on n'a pas établi qu'il y avait urgence ou qu'un délai susciterait une crainte véritable d'être privé d'une preuve. J'estime qu'une approche flexible est nécessaire en matière d'admission ou d'exclusion de preuve. Compte tenu des faits de l'espèce, il ne m'est pas possible de souscrire à la conclusion de mon collègue que l'admission de la preuve obtenue lors de la séance d'identification, est «susceptible



the administration of justice into disrepute". This is the only test of s. 24(2) of the *Charter*.

The criteria set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and discussed more recently in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, aid in determining what amounts to bringing the administration of justice into disrepute. An examination of the fairness of the trial process is required. I share the view of the Court of Appeal that: "There was no suggestion of bad faith on the part of the officers, and . . . the line-up was eminently fair". I do not see how the admission of this evidence affected the fairness of the trial, particularly since I do not share my colleague Justice Lamer's view that this identification evidence "emanates" from the accused in the same way that a confession does. In *Collins*, *supra*, Lamer J. explains that the admission of evidence "emanating" from the accused is made problematic because it "did not exist prior to the violation and strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination" (p. 284). I do not see how this is the case with line-up evidence. The identity of the accused existed prior to the violation, as did the perceptions of the witnesses to the crime. In my view, such evidence comes into existence when an accused is seen committing the crime. The evidence cannot be considered as "emanating" from the accused simply because it may later be used to establish the credibility of identification evidence. Evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused will not automatically render the trial process unfair. While this might be so in some cases, it will not necessarily be so in all cases.

It must be stressed that s. 24(2) does not automatically provide for the exclusion of evidence when it has been obtained following a breach of a *Charter* right. This is made clear by the Chief Justice in *Simmons*, *supra*. The evidence will only be excluded when: "it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it

de déconsidérer l'administration de la justice», seul test exigé par le par. 24(2) de la *Charte*.

Les critères mentionnés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et discutés plus récemment dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, sont utiles pour déterminer ce qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il est nécessaire de considérer l'équité du procès. Je partage l'avis de la Cour d'appel: [TRADUCTION] «Aucune mauvaise foi n'a été imputée aux policiers et, [...] la séance d'identification [...] s'est déroulée de façon éminemment juste.» Je ne peux pas voir comment l'admission de cette preuve pourrait priver les appelants d'un procès équitable, d'autant plus que je ne partage pas l'avis de mon collègue Lamer que cette preuve d'identification «émane» de l'accusé de la même façon qu'une confession. Dans l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer explique que l'admission d'une preuve qui «émane» de l'accusé fait problème parce que «ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation» et leur utilisation «constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même» (p. 284). Je vois difficilement que tel soit le cas lorsqu'il s'agit d'une preuve obtenue à l'occasion d'une séance d'identification. L'identité d'un accusé existe antérieurement à la violation, tout comme les perceptions des témoins d'un crime. Une telle preuve, à mon avis, existe à partir du moment même où un accusé est vu en flagrant délit. Cette preuve ne peut pas être considérée comme «émanant» de l'accusé simplement parce qu'elle peut par la suite servir à établir la crédibilité de la preuve d'identification. Une preuve qui n'aurait pu être obtenue sans la participation de l'accusé ne rend pas automatiquement le procès inique. Si ce peut être le cas dans certaines instances, il n'en sera pas nécessairement ainsi dans tous les cas.

Il faut souligner que le par. 24(2) ne prévoit pas l'exclusion automatique de la preuve obtenue d'une manière qui enfreint un droit garanti par la *Charte*. Ceci me paraît clairement ressortir des motifs du Juge en chef dans l'arrêt *Simmons*, précité. Les éléments de preuve seront exclus uniquement lorsqu'il sera «établi, eu égard aux cir-

in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute." Such an assessment must be made on a case by case basis. On the facts of the present case, I fail to see how such disrepute could occur. I share the opinion of Howland C.J. of the Court of Appeal of Ontario:

The case for the Crown, in the absence of any evidence impugning the identification, was quite overwhelming, and, in our view, there was no miscarriage of justice by reason of the admission of the impugned evidence. We are satisfied that the verdict would have inevitably been the same if this evidence had not been admitted.

Given the strength of the Crown's case, and given that the line-up itself was carried out in a manner which was "eminently fair", it is difficult to see how the admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute.

As for the other grounds of appeal, in my view they have no merit and I adopt the reasons of the Court of Appeal in that regard.

In the result, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed and new trial ordered, MCINTYRE and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Ruby & Edwardh, Toronto.*

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

constances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.» Une telle évaluation dépendra des faits de chaque cas. Les circonstances de la présente affaire ne me paraissent pas avoir eu un tel effet sur l'administration de la justice. Je partage l'opinion du juge en chef Howland de la Cour d'appel de l'Ontario:

[TRADUCTION] En l'absence de la preuve d'identification attaquée, la preuve offerte par la Couronne était accablante, et nous sommes d'avis qu'il n'est résulté aucun déni de justice de l'admission des éléments de preuve en question. Nous sommes convaincus que le verdict aurait nécessairement été le même si cette preuve n'avait pas été admise.

Considérant le poids de la preuve de la Couronne et compte tenu du fait que la séance d'identification s'est déroulée de façon «éminemment juste», il est difficile d'admettre que l'admission de cette preuve soit susceptible de discréditer l'administration de la justice.

En ce qui concerne les autres moyens d'appel, je suis d'avis qu'ils n'ont aucun mérite et j'adopte à cet égard l'opinion de la Cour d'appel.

Pour ces raisons, je rejeterais l'appel.

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges MCINTYRE et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.*

*Procureurs des appelants: Ruby & Edwardh, Toronto.*

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