

Cyril Patrick Prosper *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Charter Committee on Poverty Issues *Intervener*

INDEXED AS: R. v. PROSPER

File No.: 23178.

1994: March 2, 3; 1994: September 29.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Arrest made outside normal working hours — Rights read to person under arrest mentioning availability of legal aid — Appellant wishing to speak with lawyer and provided list of legal aid lawyers — Appellant unable to contact legal aid lawyer and unable to afford private lawyer — Breathalyser test taken and failed — Whether s. 10(b) of the Charter imposing substantive constitutional obligation on governments to provide free and immediate preliminary legal advice upon request — Whether appellant's s. 10(b) right was violated — If so, whether the breathalyser evidence should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(a), (b), 254(3), (5), 258(1)(c)(ii), (d), 503(1)(a).

Late one Saturday afternoon, two police officers observed the appellant driving erratically. Following a chase on foot, he was arrested and charged with car theft, with having care and control of a motor vehicle with a blood alcohol level above the legal limit contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, and with having the control of a motor vehicle while impaired contrary to s. 253(a). He had a strong smell of alcohol on his breath,

Cyril Patrick Prosper *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le Comité de la Charte et des questions de pauvreté** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. PROSPER

^c N° du greffe: 23178.

1994: 2, 3 mars; 1994: 29 septembre.

^d Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Services gratuits d'avocats de garde — Arrestation après les heures de bureau — Personne arrêtée informée de ses droits, avec mention de la possibilité de faire appel à l'aide juridique — Liste des avocats de l'aide juridique fournie à l'appelant, qui voulait parler à un avocat — Appelant incapable de communiquer avec un avocat de l'aide juridique et d'assumer le coût d'un avocat de cabinet privé — Alcootest positif — L'article 10b) de la Charte impose-t-il aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de fournir, sur demande, sans frais et sans délai, des conseils juridiques préliminaires? — Le droit que l'art. 10b) garantit à l'appelant a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, la preuve obtenue par alcootest devrait-elle être écartée en application de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253a), b), 254(3), (5), 258(1)c)(ii), d), 503(1)a).*

^f ^g ^h À la fin de l'après-midi un samedi, deux policiers ont vu l'appelant au volant d'un véhicule qui zigzaguait. Ils l'ont arrêté après lui avoir donné la chasse à pied et ils l'ont accusé de vol de voiture, d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait la limite légale, en violation de l'al. 253b) du *Code criminel*, et d'avoir eu le contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affai-

bloodshot eyes, his speech was intermittent and slurred and he was swaying from side to side. A section 10(b) *Charter* caution was read to him from a card, advising of the right to apply for free legal aid. The appellant indicated that he wanted to speak with a lawyer. The police provided him with a list of legal aid lawyers and, when this search proved unsuccessful, gave him a telephone book to continue his search. The police did not at first realize that all but one of the lawyers on the list were currently unavailable outside regular office hours, but they informed the appellant of this fact upon learning of this situation. The appellant declined to call lawyers in private practice because he could not afford their services. He then agreed to take the breathalyser tests.

The trial judge dismissed the s. 253(a) charge on the ground that he had a reasonable doubt. The defence, while conceding that all elements on the s. 253(b) charge had been proved, successfully argued that appellant's s. 10(b) *Charter* rights had been infringed, that the breathalyser certificate should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* and that the charge should be dismissed. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, substituted a conviction under s. 253(b) of the *Code* and remitted the matter back to the trial court for sentencing. At issue here were whether the s. 10(b) *Charter* right to retain and instruct counsel without delay imposed a substantive constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel is available upon arrest or detention to provide free and immediate preliminary legal advice upon request, whether appellant's s. 10(b) right was violated, and if so, whether the breathalyser evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

The issues are decided as follows:

Section 10(b) of the Charter

Section 10(b) of the *Charter* does not impose a substantive constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel is available upon arrest or

blie, en violation de l'al. 253a). L'haleine de l'appelant dégageait une forte odeur d'alcool, ses yeux étaient injectés de sang, il s'exprimait avec difficulté et de manière irrégulière et il titubait. Une mise en garde conforme à l'al. 10b) de la *Charte*, imprimée sur un carton, a été lue à l'appelant l'informant de son droit de demander des conseils juridiques gratuits. L'appelant a dit vouloir parler à un avocat. La police lui a remis une liste des avocats de l'aide juridique et, les tentatives de l'appelant pour rejoindre un avocat s'étant révélées vaines, lui a fourni un bottin pour qu'il puisse continuer ses recherches. La police ne s'était pas rendu compte alors qu'un seul des avocats sur la liste continuait à recevoir les appels après les heures de bureau, mais en a informé l'appelant dès qu'elle a été mise au courant de cette situation. L'appelant a refusé de téléphoner à des avocats de cabinets privés parce qu'il n'avait pas les moyens de recourir à leurs services. Il a ensuite accepté de se soumettre aux alcootests.

Le juge du procès a rejeté l'accusation portée en vertu de l'al. 253a) parce qu'il avait un doute raisonnable. La défense a admis que tous les éléments de l'accusation portée en vertu de l'al. 253b) avaient été prouvés, mais elle a néanmoins soutenu avec succès que les droits garantis à l'appelant par l'al. 10b) de la *Charte* avaient été violés, que le certificat d'alcootest devait être écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et que l'accusation devait être rejetée. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé par le ministère public, a prononcé une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 253b) du *Code* et a renvoyé l'affaire au tribunal de première instance pour la détermination de la peine. Il s'agit en l'espèce de déterminer si le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat qui est garanti par l'al. 10b) de la *Charte* impose aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de prendre les mesures nécessaires pour qu'une personne mise en état d'arrestation ou placée en détention puisse, à sa demande, obtenir sans frais et sans délai des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde, si le droit garanti à l'appelant par l'al. 10b) a été violé et, le cas échéant, si la preuve de l'alcootest devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les questions sont tranchées comme suit:

L'alinéa 10b) de la Charte

L'alinéa 10b) de la *Charte* n'impose pas aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de prendre les mesures nécessaires pour qu'une personne mise

detention to provide free and immediate preliminary legal advice upon request (unanimous). Section 10(b) was violated: *per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. dissenting).

Section 24(2) of the Charter

The evidence should be excluded as its admission would bring the administration of justice into disrepute: *per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. (La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting). Major J. did not address this issue.

(1) *Section 10(b) of the Charter*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: It is not constitutionally sufficient for law enforcement authorities simply to repeat the words of the *Charter* by cautioning detainees of their right "to retain and instruct counsel without delay". Two additional elements to the information component of s. 10(b) are required: (1) information about access to counsel free of charge where an accused meets the prescribed financial criteria set by provincial Legal Aid, and (2) information about access to duty counsel (whether staff lawyers or in private practice) providing immediate, although temporary, legal advice irrespective of financial status. The information to be conveyed to detainees by police is to refer to services actually available within the jurisdiction.

The issue of whether the *Charter* guarantees a right to state-funded counsel at trial and on appeal did not arise here. It is neither appropriate nor necessary to find that s. 10(b) imposes a substantive obligation on governments to ensure that "Brydges duty counsel" is available to detainees, or likewise, that it provides all detainees with a corresponding right to such counsel. First, s. 10(b) does not, in express terms, constitutionalize the right to free and immediate legal advice upon detention. A clause expressly creating such a right was considered and deliberately omitted by the framers of the Constitution and it would be imprudent for this Court not to attribute any significance to this fact. Requiring governments to spend limited resources in providing such a service also weighed against this interpretation. Second,

en état d'arrestation ou placée en détention puisse, à sa demande, obtenir sans frais et sans délai, des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde (unanime). L'alinéa 10b) a été violé (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major sont dissidents)).

Le paragraphe 24(2) de la Charte

La preuve devrait être écartée car son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents); le juge Major ne s'est pas prononcé sur cette question).

(1) *L'alinéa 10b) de la Charte*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Iacobucci: Il ne suffit pas, d'un point de vue constitutionnel, que les responsables de l'application de la loi répètent simplement les termes de la *Charte* quand ils informent les personnes détenues de leur droit «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat». Deux nouveaux éléments s'ajoutent au volet information de l'al. 10b): (1) des renseignements sur l'accès sans frais aux services d'un avocat lorsque l'accusé répond aux critères financiers établis par l'aide juridique de la province, et (2) des renseignements sur l'accès aux services d'avocats de garde (qu'il s'agisse d'avocats salariés ou d'avocats de cabinets privés) qui fournissent des conseils juridiques immédiats, quoique temporaires, sans égard à la situation financière. Dans les renseignements qu'ils donnent aux personnes détenues, les policiers doivent mentionner les services existant dans la province ou le territoire en cause.

Il ne s'agit pas ici de se demander si la *Charte* garantit le droit à l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État à l'étape du procès et de l'appel. Il n'est ni opportun ni nécessaire de conclure que l'al. 10b) impose aux gouvernements une obligation positive d'assurer aux personnes détenues la disponibilité de services d'avocats de garde selon *Brydges*, ou encore qu'il accorde à toutes les personnes détenues un droit analogue à de tels services. En premier lieu, l'al. 10b) ne constitutionnalise pas expressément le droit à des conseils juridiques gratuits et immédiats au moment de la mise en détention. Les rédacteurs de la Constitution ont examiné et intentionnellement choisi de ne pas adopter une disposition créant un tel droit et il serait imprudent de la part de notre Cour de n'accorder aucune importance à ce fait.

the implications of finding a constitutional obligation on governments to make "Brydges duty counsel" available and a violation of s. 10(b) for failure to do so would be far-reaching and should be avoided. Moreover, the *Charter* rights of detainees can be sufficiently protected by an obligation on police to "hold off" questioning detainees until they have been given a reasonable opportunity to contact counsel.

Section 10(b) imposes both informational and implementational duties on state authorities who arrest or detain a person. The existence of a "holding-off" period flows from the implementational duties. Once a detainee has indicated a desire to exercise the right to counsel, the state must provide that person with a reasonable opportunity to consult counsel and state agents may not elicit incriminatory evidence from the detainee until that opportunity has been given. What constitutes a reasonable opportunity depends on the surrounding circumstances, which include the availability of duty counsel services in the jurisdiction. The availability or unavailability of duty counsel services affects the length of the holding-off period.

Section 10(b) serves to protect the right against self-incrimination — one of the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. A holding-off period accommodates a detainee's right against self-incrimination.

The duty on state agents to inform individuals of their right to counsel does not arise until a person has been detained within the meaning of s. 10. Detention involves some form of coercion or compulsion by the state which results in a deprivation of liberty. Section 10(b) accordingly is, among other things, intended to safeguard the liberty interests of detainees which are constitutionally protected under s. 7 of the *Charter* and to assist detainees in regaining their freedom. Any deprivation of liberty during a holding-off period would be minimal and in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7. Any delay which is considered excessive can be challenged under s. 9 of the *Charter* which protects against arbitrary detention or imprisonment.

L'obligation qu'auraient les gouvernements d'utiliser des ressources limitées pour assurer la prestation de ce service a milité à l'encontre de cette interprétation. En deuxième lieu, si l'on devait conclure que les gouvernements ont l'obligation constitutionnelle de fournir les services d'«avocats de garde selon *Brydges*» et qu'ils violent l'al. 10b) lorsqu'ils manquent à cette obligation, il en résulterait des conséquences d'une portée considérable que l'on devrait tenter d'éviter. En outre, il est possible de protéger suffisamment les droits que la *Charte* garantit aux personnes détenues en obligeant la police à «surseoir» aux interrogatoires jusqu'à ce que la personne détenue ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat.

L'alinéa 10b) impose aux autorités qui arrêtent une personne ou la placent en détention des obligations en matière d'information et de mise en application. L'existence d'une période pendant laquelle il faut «surseoir» à l'enquête découle des obligations en matière de mise en application. Une fois qu'une personne détenue a exprimé le désir d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat, l'État doit lui fournir une possibilité raisonnable de consulter un avocat, et les agents de l'État doivent s'abstenir de lui soutirer des éléments de preuve incriminants jusqu'à ce qu'on lui ait donné cette possibilité. Ce qui constitue une possibilité raisonnable dépend des circonstances de chaque espèce, notamment l'existence de services d'avocats de garde dans le ressort en cause. L'existence ou l'absence de services d'avocats de garde influe sur la durée de la période de sursis.

L'alinéa 10b) sert à protéger le privilège de ne pas s'incriminer — l'un des principes de justice fondamentale sous le régime de l'art. 7 de la *Charte*. La période de sursis permet de respecter le droit de la personne détenue de ne pas s'incriminer.

L'obligation des agents de l'État d'informer les personnes de leur droit à l'assistance d'un avocat ne prend pas effet tant que la personne n'a pas été détenue au sens de l'art. 10. La détention suppose de la part de l'État une certaine forme de coercition ou de contrainte qui entraîne une privation de liberté. Par conséquent, l'al. 10b) vise notamment à sauvegarder les droits à la liberté des personnes détenues, qui sont constitutionnellement protégés en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, et à les aider à recouvrer la liberté. Toute perte de liberté au cours de la période de sursis serait minime et respecterait les principes de justice fondamentale selon l'art. 7. Tout retard qui est considéré excessif peut être contesté en invoquant l'art. 9 de la *Charte*, qui protège contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

Courts must ensure that the right to counsel is not too easily waived. An additional informational obligation on police is triggered once a detainee, who has previously asserted this right, indicates a change of mind and no longer wants legal advice. The police must at this point tell the detainee of the right to a reasonable opportunity to contact counsel and of the obligation on the part of the police to hold off during this period. Any indication of a change of mind must be clear and the burden of establishing an unequivocal waiver is on the Crown. The waiver must be free and voluntary and must not be the product of either direct or indirect compulsion. The standard required for an effective waiver of counsel is very high. A person who waives a right must know what is being given up if the waiver is to be valid. The s. 10(b) right to counsel, however, must not be turned into an obligation on detainees to seek the advice of a lawyer.

Compelling and urgent circumstances may require that the police not hold off. In the context of impaired driving cases, however, the two-hour evidentiary presumption available to the Crown (under s. 258(1)(c)(ii)) does not, by itself, constitute such a compelling or urgent circumstance. Urgency is not created by mere investigatory and evidentiary expediency. A detainee's s. 10(b) rights must take precedence over the statutory right of the Crown to rely on an evidentiary presumption. Loss of this presumption is one of the prices to be paid for not implementing a system of "Brydges duty counsel". Consideration of s. 1 of the *Charter* is neither necessary nor appropriate here.

The appellant's s. 10(b) *Charter* rights were infringed in two respects. First, after asserting his right to counsel and trying repeatedly to contact a lawyer, the appellant was not informed when he changed his mind and agreed to take the breathalyser test that the police were required to hold off from their investigation until he had had a reasonable opportunity to contact counsel. Second, the police in fact failed to hold off administering the breathalyser tests and so failed to afford him this opportunity. There were no urgent or compelling circum-

Les tribunaux doivent s'assurer qu'on n'a pas conclu trop facilement à la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. Il y a naissance d'une obligation d'information supplémentaire de la part de la police dès que la personne détenue, qui a déjà manifesté son intention de se prévaloir de son droit, indique qu'elle a changé d'avis et qu'elle ne désire plus obtenir de conseils juridiques. La police est tenue à ce moment de l'informer de son droit d'avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et de l'obligation de la police de surseoir à l'enquête au cours de cette période. La personne détenue doit indiquer explicitement qu'elle a changé d'avis et il appartient au ministère public d'établir qu'elle a clairement renoncé à son droit. La renonciation doit être libre et volontaire et elle ne doit pas avoir été donnée sous la contrainte, directe ou indirecte. La norme requise pour établir l'existence d'une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat est très stricte. La personne qui renonce à un droit doit savoir ce à quoi elle renonce pour que la renonciation soit valide. Le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) ne doit toutefois pas se transformer en obligation pour les personnes détenues de demander l'assistance d'un avocat.

Il peut y avoir des circonstances pressantes et urgentes où la police n'est pas tenue de surseoir. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'affaires de conduite avec facultés affaiblies, la présomption en matière de preuve à l'égard des échantillons pris dans les deux heures que peut invoquer le ministère public (en vertu du sous-al. 258(1)c)(ii)) ne constitue pas en soi une circonstance pressante ou urgente. L'urgence ne naît pas de la seule recherche d'efficacité en matière d'enquête et d'établissement de la preuve. Les droits garantis à une personne détenue par l'al. 10b) doit avoir préséance sur le droit d'origine législative qui permet au ministère public de se fonder sur une présomption en matière de preuve. L'impossibilité d'invoquer cette présomption est une partie du prix à payer pour ne pas avoir assuré l'existence d'un service d'avocats de garde selon *Brydges*. Il n'est ni nécessaire ni opportun en l'espèce de prendre en considération l'article premier de la *Charte*.

Il y a eu une double violation du droit que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant. D'abord, après avoir invoqué son droit à l'assistance d'un avocat et tenté à plusieurs reprises d'entrer en communication avec un avocat, l'appelant n'a pas été informé, quand il a changé d'avis et accepté de se soumettre à l'alcootest, de l'obligation des policiers de surseoir à l'enquête jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. Ensuite, les policiers ont effectivement omis de lui donner cette possibilité quand ils n'ont pas

stances which justified the police in proceeding so precipitously with the breathalyser tests. The appellant acted with due diligence in trying to contact counsel. To have expected more of him would have been unreasonable. He cannot be taken to have chosen to take the test with full knowledge of his s. 10(b) rights. The inference of fact that the appellant acted out of frustration when he finally submitted to the breathalyser demand should not be interfered with.

The appellant neither explicitly nor implicitly waived his right to counsel and could not be taken to have understood what he was giving up. The fact that the police advised the appellant of the broad parameters of the jeopardy in which he found himself was no substitute for legal advice from a lawyer.

Per McLachlin J.: Every person detained by the police has the right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. Every detainee, accordingly, is entitled to an opportunity to retain and instruct counsel without delay, regardless of the time and place of the detention or the fact that the detainee has no money.

The right consists of an informational component and an implementational component. Under the informational component, the police must inform all detainees that they are entitled to have an opportunity to contact counsel immediately, and that their right to do so is not dependent on their ability to afford a private lawyer. This must be done even where the means by which that right can be exercised may not seem at hand. In those jurisdictions which provide some system of free, preliminary legal advice, the police must also inform detainees of the existence and availability of these services and of the means by which such advice can be accessed.

Under the implementational component, s. 10(b) requires that the detainee be given an opportunity, or the means, to "retain and instruct counsel without delay". If the detainee chooses not to contact counsel, no breach results. If the legal system fails to provide the detainee with the opportunity to consult counsel without delay for whatever reason — be it lack of facilities, information, willing counsel or some other impediment — breach of s. 10(b) is established. If evidence is taken in

reporté l'administration des alcootests. Il n'y avait aucune circonstance urgente ou pressante qui eut pu justifier l'administration aussi hâtive des alcootests par les policiers. L'appelant a agi avec toute la diligence nécessaire lorsqu'il a tenté d'entrer en communication avec un avocat. Il aurait été déraisonnable de s'attendre à plus que ce qu'il a fait. On ne peut conclure qu'il a choisi de se soumettre au test en pleine connaissance des droits que lui garantit l'al. 10b). Il ne faut pas modifier l'inférence de fait selon laquelle c'est par pure frustration que l'appelant a finalement obtempéré à l'ordre de se soumettre à l'alcootest.

L'appelant n'a ni explicitement ni implicitement renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat et on ne peut pas conclure qu'il a compris ce à quoi il renonçait. Le fait que la police l'ait informé sommairement de la mauvaise situation dans laquelle il se trouvait ne pouvait d'aucune façon remplacer l'avis juridique qu'aurait pu lui donner un avocat.

Le juge McLachlin: Toute personne détenue par la police a le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit. Par conséquent, toute personne détenue doit avoir une possibilité d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, quels que soient l'heure et le lieu de la détention ou indépendamment du fait qu'elle n'a pas d'argent.

Le droit en question comprend un volet information et un volet mise en application. Dans le premier cas, la police doit informer toute personne détenue qu'elle a le droit d'avoir la possibilité de communiquer immédiatement avec un avocat, et que ce droit n'est pas lié à la capacité d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. La police doit agir ainsi même si les moyens d'exercer ce droit ne semblent pas exister. Dans les ressorts qui offrent un système de conseils juridiques préliminaires gratuits, la police doit aussi informer les personnes détenues de l'existence et de l'accessibilité de ces services, ainsi que des moyens d'y avoir accès.

Pour ce qui est du volet mise en application, il faut, en vertu de l'al. 10b), donner à la personne détenue la possibilité ou les moyens «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat». Si la personne détenue décide de ne pas communiquer avec un avocat, il n'y a pas de violation. Si, pour une raison quelconque, le système juridique ne permet pas d'offrir à la personne détenue la possibilité de communiquer sans délai avec un avocat — que ce soit à cause d'un manque d'installations, de renseignements, d'avocats intéressés à offrir ces services ou de tout autre empêchement — la violation de l'al. 10b) se trouve établie. Si des éléments de preuve

contravention of this duty, its admissibility falls to be decided under s. 24(2) of the *Charter*.

A judicially imposed "holding-off" period is not required when counsel cannot immediately be made available. Nothing in the language of s. 10(b) authorizes the dilution of the right to counsel by the imposition of a "holding-off" period. The section clearly states that a detainee has the right to retain and instruct counsel without delay. It is problematic to suggest that courts can extend the period of "delay" for up to 48 hours or more.

While the police may choose to "hold off" they are not obliged to do so. Ultimately, whether or not they "hold off", if they take evidence from the detainee in violation of his or her rights, the authorities must be prepared to accept the risk that the evidence may not be admissible against the detainee at trial under s. 24(2) of the *Charter*. This applies in all cases, even where the *Criminal Code* prescribes that evidence must be taken within a stipulated time period, as for breathalyser tests. A detainee's constitutional rights are not attenuated simply because Parliament chooses to set a time limit for gathering a particular kind of evidence. At the same time, the urgency of the situation may be a factor weighing in favour of reception of the evidence when s. 24(2) is applied.

The requirements of the informational component of s. 10(b) were met here. The police were originally unaware of the Legal Aid lawyers' working to rule campaign when giving appellant the list of legal aid lawyers and they informed him of the campaign on learning of it.

The requirements of the implementational component of s. 10(b) were not satisfied here. The appellant clearly indicated a desire to speak to counsel prior to giving evidence and was diligent in pursuing his right. In the circumstances it would be unreasonable to expect the appellant to have done anything more than he did. Appellant did not waive his right to counsel when — "out of frustration" — he finally agreed to submit to the breathalyser tests. He was prevented from exercising his right to counsel because of institutional conditions beyond his control. This violated s. 10(b) of the *Charter*.

sont obtenus en contravention de cette obligation, il faut en déterminer l'admissibilité en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Il n'est pas nécessaire qu'un tribunal impose un «sursis» dans les cas où aucun avocat n'est disponible immédiatement. Le libellé de l'al. 10b) n'autorise aucune réduction de la portée du droit à l'assistance d'un avocat en imposant un «sursis». L'alinéa indique clairement que toute personne détenue a le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Il est problématique de laisser entendre que les tribunaux peuvent prolonger le «délai» de 48 heures ou plus.

Bien que la police puisse choisir de «surseoir» à toute mesure, elle n'est pas tenue de le faire. En fin de compte, que les autorités «sursoient» ou non à toute mesure, si elles obtiennent une preuve d'une personne détenue en contravention de ses droits, elles doivent être disposées à courir le risque que cette preuve ne puisse être utilisée contre cette personne au procès conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Cela s'applique dans tous les cas, même lorsque le *Code criminel* prévoit que des éléments de preuve doivent être recueillis à l'intérieur d'un délai stipulé, comme dans le cas des alcootests. Les droits que la Constitution garantit à toute personne détenue ne sont pas moindres du seul fait que le législateur a choisi de fixer un délai pour recueillir un type particulier de preuve. Par ailleurs, l'urgence de la situation peut constituer un facteur militant en faveur de l'utilisation de la preuve lorsque l'on applique le par. 24(2).

Les exigences du volet information de l'al. 10b) ont été respectées en l'espèce. Lorsque le policier a remis à l'appelant la liste des avocats de l'aide juridique, il ignorait que ceux-ci avaient commencé une grève du zèle, mais il en a informé l'appelant dès qu'il a été mis au courant de cette situation.

Les exigences du volet mise en application de l'al. 10b) n'ont pas été respectées en l'espèce. L'appelant avait clairement indiqué qu'il souhaitait parler à un avocat avant de fournir des éléments de preuve et il a fait preuve de diligence dans l'exercice de son droit. Dans les circonstances, il serait déraisonnable de s'attendre à plus de la part de l'appelant que ce qu'il a fait. L'appelant n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat lorsqu'il a, «par pure frustration», obtempéré à l'ordre de se soumettre aux alcootests. Il a été empêché d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat en raison de conditions institutionnelles complètement indépendantes de sa volonté. Il y a donc eu violation de l'al. 10b) de la *Charte*.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 10(b) of the *Charter* does not require the provinces to provide free and immediate duty counsel services to detainees. While there may be certain minimum levels of Legal Aid imposed by s. 7 in the context of an accused who is being tried for an offense whose penalty might result in the deprivation of the accused's life, liberty, or security of the person, access to 24-hour duty counsel services upon arrest or detention is clearly far above any such minimum threshold.

Arguments based on the "living tree" theory of constitutional development to the effect that the Constitution has evolved to the point where state-funded duty counsel should be constitutionally guaranteed must fail. The drafters of the Constitution considered and rejected such a proposal. The "living tree" theory has its limits and has never been used to transform a document completely or to add a provision which was specifically rejected.

The Chief Justice's "holding-off" proposal is also rejected. While a detainee must be provided with a reasonable opportunity, free from police questioning, to consult with counsel where he or she expresses a desire to do so, the duration of the "reasonable opportunity" should not depend on the existence or non-existence of duty counsel programs. The constitutional rights guaranteed under s. 10(b) of the *Charter* are uniform across the country and should not depend on the existence or non-existence of programs, such as 24-hour duty counsel services, that themselves are not mandated by the Constitution. Furthermore, even if s. 10(b) did impose a long "holding-off" period in provinces without duty counsel programs, such a holding-off period would not be required with respect to breathalyser tests. In urgent or dangerous circumstances, the police need not provide detainees with a reasonable opportunity to consult counsel before questioning them. Such urgency exists in the case of a breathalyser test. The test must be administered "forthwith" and the timing for efficacy of that test is two hours, a time frame also required by law.

Per La Forest J. (dissenting): The reasons of L'Heureux-Dubé J. regarding the alleged constitutional guarantee of state-funded duty counsel and the alleged breach of s. 10(b) of the *Charter* in the circumstances were agreed with.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissident): L'alinéa 10b) de la *Charte* n'exige pas des provinces qu'elles fournissent aux personnes détenues des services d'avocats de garde sans frais et sans délai. L'article 7 pourrait bien imposer certaines garanties minimales en matière d'aide juridique dans le contexte où un accusé subit son procès relativement à une infraction passible d'une peine susceptible de porter atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité, toutefois, lorsqu'une personne est arrêtée ou placée en détention, l'accès à des services d'avocats de garde 24 heures par jour va bien au-delà d'une garantie minimale.

Les arguments fondés sur la théorie de l'«arbre vivant» voulant qu'il y ait eu une évolution constitutionnelle au point que le droit à des avocats de garde rémunérés par l'État devrait être garanti par la Constitution ne sont pas valides. Les rédacteurs de la Constitution ont examiné et rejeté une telle proposition. La théorie de l'«arbre vivant» a ses limites et n'a jamais été utilisée pour transformer du tout au tout un document ou pour y ajouter une disposition qui avait été expressément écartée.

La proposition du Juge en chef relative à un «sursis» est également rejetée. Une personne détenue doit bénéficier d'une «possibilité raisonnable», sans interrogatoire de la police, de consulter un avocat si elle en manifeste le désir, mais la durée de cette «possibilité raisonnable» ne devrait pas dépendre de l'existence ou de l'inexistence de programmes d'avocats de garde. Les droits constitutionnels garantis par l'al. 10b) de la *Charte* sont uniformes dans tout le pays et ne devraient pas dépendre de l'existence ou de l'inexistence de programmes, comme les services d'avocats de garde 24 heures par jour, dont l'établissement n'est même pas exigé par la Constitution. Par ailleurs, même si l'al. 10b) imposait une longue période de «sursis» dans les provinces où il n'existe pas de programmes d'avocats de garde, une telle période ne serait pas exigée en ce qui concerne les alcootests. En cas d'urgence ou de danger, la police n'est pas tenue de fournir à une personne détenue une possibilité raisonnable de consulter un avocat avant de l'interroger. Il y a une telle urgence dans le cas des alcootests. Ils doivent être administrés «immédiatement» et leur efficacité est nulle après deux heures, laps de temps qui est fixé par la loi.

Le juge La Forest (dissident): Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont acceptés quant au droit que garantirait la Constitution d'avoir recours à un service d'avocats de garde financé par l'État et quant à la violation alléguée de l'al. 10b) de la *Charte* dans les circonstances.

1994 CanLII 65 (SCC)

Per Gonthier J. (dissenting): Notwithstanding agreement with Lamer C.J. as to the scope of the obligation of the police regarding disclosure of existing and available duty counsel services to those under arrest or detention, the reasons of L'Heureux-Dubé J. as to the reasonable opportunity to be given a detainee to retain and instruct counsel, particularly as applied to a demand for a breathalyser test, were agreed with.

Per Major J. (dissenting): The principles expressed by Lamer C.J. were agreed with. In the circumstances, however, the accused was properly advised and had a reasonable opportunity to contact counsel prior to taking the breathalyser test in accordance with his s. 10(b) rights.

(2) Section 24(2) of the Charter

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: The breath samples were conscripted evidence which might not have been obtained had the appellant's s. 10(b) rights not been infringed and should be excluded under s. 24(2) as capable of bringing the administration of justice into disrepute. The breach of the appellant's right to counsel went directly to his privilege against self-incrimination, and receipt of the breathalyser evidence resulting from this breach would undermine this privilege, thereby rendering the trial process unfair. Neither the undeniably good faith on the part of the police, nor the relative seriousness of the drinking and driving offence could compensate for the adjudicative unfairness that admission of the evidence would produce.

Per McLachlin J.: The admission of the breathalyser evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Had there been an infringement of s. 10(b), the evidence should not have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. First, the factors concerning the fairness of the trial favour the admission of the evidence. Breathalyser tests cannot simply be characterized as self-incriminating evidence in the same way as a confession. Rather, they are *indicia* of an existing physical condition that could have been discovered by other means, whether or not the police denied the appellant his s. 10(b) rights. Second, the factors focusing on the seriousness of the violation of the *Charter* also militate towards admission rather than exclusion of the breathalyser results. A breach, if one occurred here, was not serious and the police acted in

Le juge Gonthier (dissent): Même si les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés quant à l'étendue de l'obligation qu'a la police d'informer toute personne arrêtée ou mise en détention de l'existence de services d'avocats de garde, les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont néanmoins acceptés quant à la possibilité raisonnable à accorder à une personne détenue d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, plus particulièrement dans le cas d'un ordre de subir un alcootest.

Le juge Major (dissent): Les principes exposés dans les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés. Toutefois, dans les circonstances, l'accusé a reçu un avis suffisant et a eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat avant de subir l'alcootest, conformément aux droits que lui garantit l'al. 10b).

(2) Le paragraphe 24(2) de la Charte

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Iacobucci: Les échantillons d'haleine sont des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'appelant contre lui-même, qui n'auraient peut-être pas été disponibles s'il n'y avait pas eu violation des droits que lui garantit l'al. 10b) et qui devraient être écartés en application du par. 24(2) parce qu'ils sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. La violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat porte directement atteinte à son privilège de ne pas s'incriminer, et l'utilisation des résultats des alcootests découlant de cette violation est susceptible de miner ce privilège et, partant, de rendre le processus judiciaire inéquitable. Ni l'indéniable bonne foi de la police ni la gravité relative de l'infraction de conduite avec facultés affaiblies ne pourraient compenser le manque d'équité qu'entraînerait l'utilisation de cet élément de preuve.

Le juge McLachlin: L'utilisation de la preuve sous forme d'échantillons d'haleine serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): S'il y avait eu violation de l'al. 10b), la preuve n'aurait pas dû être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Premièrement, les facteurs touchant l'équité du procès militent en faveur de l'admission des éléments de preuve. Les résultats de l'alcootest ne peuvent pas être simplement qualifiés de preuve auto-incriminante dans le même sens qu'un aveu. Ils sont plutôt des indices d'une condition physique préexistante qui aurait pu être découverte par d'autres moyens, que les policiers aient ou non violé les droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant. Deuxièmement, les facteurs portant sur la gravité de la violation de la *Charte* militent aussi en faveur de l'admission plutôt que de l'exclusion des résultats des

good faith. Finally, the offense of operating a motor vehicle while impaired is serious and therefore, in light of the nature of the *Charter* violation, had there been one, and its minimal incidence on the fairness of the trial, excluding the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Per La Forest J. (dissenting): It was in strictness unnecessary to comment on whether the breathalyser evidence should be excluded. The police officer here did everything possible to help the appellant obtain a lawyer.

Per Gonthier J. (dissenting): Appellant's s. 10(b) *Charter* rights were not infringed, and even if they had been, the breathalyser evidence should not have been excluded under s. 24(2).

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; **considered:** *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663.

By McLachlin J.

Considered: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; **referred to:** *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Dubois* (1990), 54 C.C.C. (3d) 166, [1990] R.J.Q. 681; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Bartle, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Robinson* (1989), 73 C.R. (3d) 81; *Attorney General of Quebec v.*

alcootests. La violation, si violation il y a eu en l'espèce, n'était pas grave et la police a agi de bonne foi. Enfin, l'infraction de conduite d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies est grave et, étant donné la nature de la violation de la *Charte*, le cas échéant, et son incidence minime sur l'équité du procès, l'exclusion des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge La Forest (dissident): Il est à strictement parler inutile d'examiner s'il y a lieu d'écarter la preuve obtenue par alcootest. Le policier a fait tout ce qu'il était possible pour faciliter le recours à un avocat par l'appellant.

Le juge Gonthier (dissident): Il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appellant et, même si cela avait été le cas, il n'y a pas lieu d'écarter en vertu du par. 24(2) la preuve obtenue au moyen de l'alcootest.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; **arrêt examiné:** *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés:** *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt examiné: *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; **arrêts mentionnés:** *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Dubois* (1990), 54 C.C.C. (3d) 166, [1990] R.J.Q. 681; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

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

R. c. Bartle, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Robinson* (1989), 73 C.R. (3d) 81; *Procureur général du Québec*

Blaikie, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 S.C.R. 368; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Schmutz*, [1990] 1 S.C.R. 398; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Brydges, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 10(b), 24(2).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(a), (b) [ad. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Suppl.), s. 36], 254(3), (5) [ad. *idem*], 258(1)(c)(ii), (d) [ad. *idem*], 503(1)(a).

Authors Cited

Canada. Parliament. Special Joint Committee of the Senate and House of Commons on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 46 (January 27, 1981). First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81. Ottawa: Queen's Printer, 1981.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Toronto: Carswell, 1992 (loose-leaf).
 Lafontaine, Y. "Pourquoi au juste?" (1992), 32 *Actif* 32.
 Moore, Kathryn. "Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study" (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547.
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993).
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993).

c. Blaikie, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 R.C.S. 368; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Schmutz*, [1990] 1 R.C.S. 398; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Brydges, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253a), b) [aj. L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], 254(3), (5) [aj. *idem*], 258(1)c)(ii), d) [aj. *idem*], 503(1)a).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Doctrine citée

Canada. Parlement. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Fascicule n° 46 (27 janvier 1981). Première session de la trente-deuxième législature, 1980-1981. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1981.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Toronto: Carswell, 1992 (loose-leaf).
 Lafontaine, Y. «Pourquoi au juste?» (1992), 32 *Actif* 32.
 Moore, Kathryn. «Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study» (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547.
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993).
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993).

Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. Courts Program. *Legal Aid in Canada: Description of Legal Aid Operations*. Ottawa: Statistics Canada, 1993.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, 75 C.C.C. (3d) 1, 38 M.V.R. (2d) 268, allowing an appeal from an acquittal by Sherar Prov. Div. J. and substituting a conviction. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. dissenting.

Roger A. Burrill and Vincent Calderhead, for the appellant.

John C. Pearson, for the respondent.

Mark Freiman, for the intervener.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

LAMER C.J. — This case was heard together with four other cases raising questions about the scope of the state's obligations with respect to duty counsel services under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These other cases, which consist of *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328, from Prince Edward Island, *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, and *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310, from Ontario and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343, from Manitoba, are handed down contemporaneously with judgment in this case. The specific issue raised here and in *Matheson* is whether s. 10(b) creates a positive constitutional obligation on governments to ensure that free and immediate preliminary legal advice is available upon arrest or detention, and if it does not, what state obligations, if any, exist in a jurisdiction where "Brydges duty counsel" is not available to detainees.

Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. Programme des tribunaux. *L'aide juridique au Canada: Description des opérations*. Ottawa: Statistique Canada, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, 75 C.C.C. (3d) 1, 38 M.V.R. (2d) 268, qui a accueilli un appel d'un acquittement prononcé par le juge Sherar et y a substitué une déclaration de culpabilité. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major sont dissidents.

Roger A. Burrill et Vincent Calderhead, pour l'appelant.

John C. Pearson, pour l'intimée.

Mark Freiman, pour l'intervenant.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le présent pourvoi a été entendu en même temps que quatre autres affaires qui soulèvent des questions au sujet de l'étendue des obligations que l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* impose à l'État en ce qui a trait aux services d'avocats de garde. Les décisions dans ces autres affaires, c'est-à-dire *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328 (Île-du-Prince-Édouard), *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, et *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310 (Ontario), et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343 (Manitoba), sont rendues simultanément. La question précise soulevée en l'espèce ainsi que dans l'arrêt *Matheson* est de savoir si l'al. 10b) crée pour les gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de prendre les mesures nécessaires pour qu'une personne mise en état d'arrestation ou placée en détention puisse obtenir sans frais et sans délai des conseils juridiques préliminaires, et, si tel n'est pas le cas, quelles sont, s'il en est, les obligations de l'État dans une province ou un territoire où les personnes détenues ne peuvent recourir aux services d'avocats de garde selon *Brydges*.

I. Facts

The appellant was charged with having care and control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and with having the control of a motor vehicle while impaired, contrary to s. 253(a) of the *Code*. The appellant did not testify at his trial and no evidence was called by the defence. The Crown called one witness, Constable Young, and tendered a breathalyser certificate.

The facts which emerged at trial are that the appellant was taken into custody late in the afternoon on Saturday, May 18, 1991, after two police officers saw a vehicle being driven in an erratic fashion by a person they did not believe to be the owner. They gave chase and the appellant abandoned the vehicle and fled on foot. When the police caught up with him, he showed *indicia* of impairment; a strong smell of alcohol on his breath, bloodshot eyes, intermittent and slurred speech and swaying from side to side. At approximately 3:40 p.m., Constable Young arrested the appellant for car theft and read him the following caution from a card:

... you have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer you wish. You have the right to apply for legal assistance without charge through the Provincial Legal Aid Program.

Constable Young further advised the appellant that a list of Legal Aid lawyers' home telephone numbers would be provided to him should he wish. The appellant indicated that he understood. Constable Young then read the appellant the breathalyser demand, and asked him if he would like to take the breathalyser test or first talk to a lawyer. The appellant indicated that he would take the test, but that first he would talk to a lawyer.

The appellant was taken to a private cubicle at the Halifax police station and provided with a tele-

I. Les faits

L'appelant a été accusé d'avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, en violation de l'al. 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et d'avoir eu le contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire ce véhicule était affaiblie, en violation de l'al. 253a) du *Code*. L'appelant n'a pas témoigné lors de son procès et aucune preuve n'a été présentée par la défense. Le ministère public a fait comparaître un témoin, l'agent Young, et il a produit un certificat d'alcootest.

Les faits révélés au procès sont les suivants. L'appelant a été mis sous garde à la fin de l'après-midi, le samedi 18 mai 1991, par deux policiers qui avaient vu passer un véhicule qui zigzaguait et dont le conducteur, à leur avis, n'était pas le propriétaire. Les policiers lui ont donné la chasse et l'appelant, après avoir abandonné le véhicule, s'est enfui à pied. Lorsque les policiers l'ont rattrapé, ils ont constaté que celui-ci montrait des signes de facultés affaiblies; son haleine dégageait une forte odeur d'alcool, ses yeux étaient injectés de sang, il s'exprimait avec difficulté et de manière irrégulière et, enfin, il titubait. Vers 15 h 40, l'agent Young a mis l'appelant en état d'arrestation pour vol de voiture et il lui a lu la mise en garde suivante qui figurait sur un carton:

[TRADUCTION] ... vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Vous pouvez téléphoner à l'avocat de votre choix. Vous avez le droit de demander des conseils gratuits dans le cadre du régime d'aide juridique de la province.

L'agent Young a ensuite fait savoir à l'appelant qu'il lui remettrait, s'il le désirait, une liste des numéros de téléphone à domicile des avocats de l'aide juridique. L'appelant a dit qu'il avait compris. L'agent Young lui a ensuite lu l'ordre de passer un alcootest et il lui a demandé s'il préférerait se soumettre au test ou parler d'abord à un avocat. L'appelant a dit qu'il se soumettrait au test, mais qu'il voulait d'abord parler à un avocat.

L'appelant a été conduit dans une petite pièce du poste de police de Halifax où il y avait un télé-

phone and a list of Legal Aid lawyers. As it was outside regular business hours, the list contained home phone numbers. Constable Young waited outside while the appellant attempted to make phone contact with a lawyer. Although he made approximately 15 calls in total, some with the assistance of Constable Young, the appellant was unsuccessful in reaching any of the 12 listed lawyers. Unknown to Constable Young at the time, or to the appellant, Legal Aid lawyers had advised the Attorney General just a few days earlier that all but one of them would no longer take calls outside of regular working hours (unless from existing clients). Therefore, at the time in question, the Halifax/Dartmouth area had no established duty counsel system whereby those arrested and detained could receive immediate, although temporary, free legal advice after regular business hours. This continued to be the case at the time of hearing this appeal.

Upon exhausting the list of names after approximately 37 minutes, Constable Young asked the appellant if he wished to call other lawyers and provided the appellant with a telephone book. The appellant, however, told the Constable that he could not afford legal fees. At 4:30 p.m., Constable Young contacted the duty prosecutor for the Crown and discussed the release of the appellant. At this point, Constable Young became aware that Legal Aid lawyers in the area were no longer taking telephone calls at home. Shortly thereafter the appellant agreed to take the breathalyser tests. A certificate indicating that the appellant's blood alcohol *ratio* exceeded allowable limits was later drawn up and served on the appellant.

After argument on the impaired driving charge under s. 253(a) of the *Code*, the trial judge dismissed this charge on the ground that he had a reasonable doubt. As for the breathalyser charge under s. 253(b) of the *Code*, counsel for the defence conceded that all the elements of the

phone et où on lui a remis une liste des avocats de l'aide juridique. Comme les heures de bureau étaient passées, la liste contenait les numéros des avocats à leur domicile. L'agent Young a attendu à l'extérieur de la pièce pendant que l'appelant tentait de joindre un avocat par téléphone. Après environ une quinzaine d'appels, dont certains ont été faits avec l'aide de l'agent Young, l'appelant n'a pas réussi à joindre l'un des 12 avocats dont le nom figurait sur la liste. Chose qu'ignoraient alors l'agent Young et l'appelant, les avocats de l'aide juridique avaient informé le procureur général, quelques jours plus tôt, qu'un seul d'entre eux continuerait désormais à recevoir les appels après les heures de bureau (à moins qu'il ne s'agisse de leurs clients). En conséquence, à l'époque en cause, il n'existait dans la région de Halifax/Dartmouth aucun système d'avocats de garde permettant aux personnes arrêtées et placées en détention d'obtenir sans délai et sans frais, mais de façon temporaire, des conseils juridiques après les heures de bureau. C'était encore le cas à la date de l'audition du présent pourvoi.

Quand, au bout d'environ 37 minutes, l'appelant eut tenté sans succès de joindre tous les avocats figurant sur la liste, l'agent Young lui a demandé s'il souhaitait appeler d'autres avocats et il lui a remis un bottin. L'appelant a toutefois dit à l'agent qu'il n'avait pas les moyens de recourir aux services d'un avocat. À 16 h 30, l'agent Young a communiqué avec l'avocat du ministère public qui était de garde et il a discuté avec celui-ci de la remise en liberté de l'appelant. C'est à ce moment-là qu'il a appris que les avocats de l'aide juridique de cette région ne recevaient plus les appels téléphoniques à leur domicile. Peu après, l'appelant a accepté de se soumettre à l'alcootest. Un certificat indiquant que l'alcoolémie de l'appelant était supérieur aux limites permises a ensuite été rédigé et signifié à l'appelant.

Après avoir entendu les arguments sur l'accusation de conduite avec facultés affaiblies qui avait été portée en vertu de l'al. 253a) du *Code*, le juge du procès a rejeté l'accusation parce qu'il avait un doute raisonnable. Quant à l'accusation portée en vertu de l'al. 253b) du *Code*, l'avocat de la défense

charge had been proved by the Crown, but argued that the appellant's s. 10(b) *Charter* rights had been infringed and that the breathalyser certificate should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* and the charge dismissed. The trial judge found that the appellant's s. 10(b) rights had been violated and excluded the breathalyser evidence. He acquitted the appellant of impaired driving. The Crown's appeal was allowed by the Court of Appeal, which substituted a conviction under s. 253(b) of the *Code* and remitted the matter back to the trial court for sentencing.

a admis que le ministère public en avait prouvé tous les éléments, mais il a soutenu que les droits garantis à l'appelant par l'al. 10b) de la *Charte* avaient été violés, que le certificat d'alcootest devait être écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et que l'accusation devait être rejetée. Le juge du procès a conclu que les droits garantis à l'appelant par l'al. 10b) avaient été violés et il a écarté la preuve de l'alcootest. Il a acquitté l'appelant de l'accusation de conduite avec facultés affaiblies. L'appel formé par le ministère public a été accueilli par la Cour d'appel, laquelle a prononcé une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 253b) du *Code* et renvoyé l'affaire au tribunal de première instance pour la détermination de la peine.

II. Judgments Below

II. Les juridictions inférieures

Ontario Court (Provincial Division) (Sherar Prov. Div. J.)

La Cour de l'Ontario (Division provinciale) (le juge Sherar)

Sherar Prov. Div. J. reviewed the evidence and considered whether the unavailability of duty counsel violated the appellant's right to counsel under s. 10(b) and whether evidence obtained in light of that violation should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. He set out the principles enunciated in *R. v. Brydges*, [1990], 1 S.C.R. 190, and held that, on the facts, the appellant exercised due diligence in attempting to obtain legal counsel. He noted that the police officer was not to be faulted personally for the failure to reach counsel. He found that in finally agreeing to take the breathalyser test, the appellant did not explicitly or impliedly waive his right to counsel.

d Le juge Sherar a analysé la preuve et il a examiné si l'impossibilité de recourir aux services d'avocats de garde avait violé le droit à l'assistance d'un avocat conféré à l'appelant par l'al. 10b), et si les éléments de preuve obtenus par suite de cette violation devaient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Il a rappelé les principes formulés dans l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, et il a statué que, compte tenu des faits, l'appelant a fait preuve de diligence raisonnable quand il a tenté d'obtenir les services d'un conseiller juridique. Il a souligné que le policier ne devait pas être personnellement blâmé pour l'incapacité de l'appelant de joindre un avocat. Il a conclu que, en acceptant finalement de se soumettre à l'alcootest, l'appelant n'avait renoncé ni expressément ni implicitement à son droit à l'assistance d'un avocat.

Sherar Prov. Div. J. observed that:

i Le juge Sherar a fait les commentaires suivants:

Society, and the government in particular, has to make difficult decisions based upon the allocation of all finite resources.

[TRADUCTION] La société et, en particulier, le gouvernement, doivent prendre des décisions difficiles en fonction de la répartition de ressources limitées.

However, as, Lamer, J. states at [S.C.R., p. 213] of *Brydges*:

j Toutefois, comme le dit le juge Lamer [à la p. 213 R.C.S.] de l'arrêt *Brydges*:

“The province has the responsibility to take reasonable measures to see that a lawyer is made available to the eligible persons without delay.”

At the date in question, it is apparent that the Attorney General's Department felt it was necessary and expedient to have a duty Crown Counsel available to advise the police and respond to the public interest in the administration of justice during non-business hours.

Obviously crime is committed outside of normal business hours and thus the detection and prevention of crime must be carried out at all hours of the day and night. Crime doesn't take time off. Thus, citizens are processed through the criminal justice system at all hours of the day and night. If a citizen has a right to consult legal counsel, that legal counsel should be available, as well, upon the detention of the citizen at any such time.

The cost of providing legal duty counsel for detained citizen[s] is not less important and worthwhile than the public cost of maintaining duty Crown Counsel or police for that matter.

Sherar Prov. Div. J. noted that in the aftermath of *Brydges*, the authorities had to advise of the existence of not only legal counsel, but also of Legal Aid. He noted:

If a citizen has the right to know that legal assistance free of charge is available, doesn't the citizen have the right to obtain such legal assistance. The legal assistance should be available without a means test upon initial detention of the accused who then, armed with the knowledge of his rights and responsibilities, can make a reasoned decision as to his subsequent actions, including the retention of counsel of his choice.

He concluded that the appellant's s. 10(b) rights had been breached and that the breathalyser evidence should be excluded:

I find that [the appellant] had a right to Legal Aid counsel on the date in question, that right was denied him, not by the actions of the police officer in question, but the system for whom the police officer was employed. That system had a reasonable time to develop a process of duty counsel and was unable or unwilling

«Il incombe à la province de prendre des mesures raisonnables pour que la personne admissible dispose sans délai des services d'un avocat.»

À la date en question, il est évident que le ministère du Procureur général estimait qu'il était nécessaire et opportun qu'un avocat de garde du ministère public soit disponible pour conseiller les policiers et préserver l'intérêt du public dans l'administration de la justice en dehors des heures de bureau.

Il est évident que des actes criminels sont aussi commis en dehors des heures de bureau et c'est pourquoi la chasse aux criminels et la prévention du crime doivent se poursuivre à toute heure du jour et de la nuit. Les criminels ne prennent pas de congés. C'est ainsi que des citoyens doivent faire face au système de justice criminelle à toute heure du jour et de la nuit. Si un citoyen a droit à l'assistance d'un avocat, il doit aussi pouvoir exercer ce droit, qui lui est conféré par la loi, dès qu'il est placé en détention.

Il vaut tout autant la peine et il est tout aussi important que l'État accepte d'engager des frais pour assurer aux citoyens placés en détention les services d'avocats de garde que pour maintenir les services de police ou prévoir des avocats de garde du ministère public.

Le juge Sherar a souligné que, en conséquence de l'arrêt *Brydges*, les autorités étaient tenues d'informer de l'existence non seulement d'avocats de garde mais aussi d'un régime d'aide juridique. Il a ajouté:

[TRADUCTION] Si un citoyen a le droit de savoir qu'il peut utiliser sans frais les services d'un avocat, n'a-t-il pas aussi le droit d'obtenir ces services. Il devrait être possible pour l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, peu importe ses moyens financiers, dès qu'il est placé en détention de sorte que, connaissant ses droits et ses responsabilités, il puisse prendre une décision réfléchie quant à ses actions ultérieures, y compris le recours aux services de l'avocat de son choix.

Il a conclu que les droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant avaient été violés et que la preuve de l'alcootest devait être écartée:

[TRADUCTION] Je conclus que [l'appelant] avait le droit à l'assistance d'un avocat de l'aide juridique à la date en cause, qu'il a été privé de l'exercice de ce droit non pas par les actes du policier mais par les autorités pour lesquelles ce dernier travaillait. Celles-ci ont eu un délai raisonnable pour mettre en place un système

to do so and thus [the appellant's] legal rights were violated.

In consequence of that violation self-incriminating evidence was obtained from [the appellant] which the Court determines should be excluded because to allow the evidence in this case, a certificate of breath analysis into evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Court of Appeal (1992), 113 N.S.R. (2d) 156 (Freeman, Jones and Chipman J.J.A.)

Chipman J.A.

Writing for himself and Jones J.A., Chipman J.A. stated that in *Brydges* the majority of the Supreme Court of Canada stopped short of saying that if duty counsel are not available or cannot be found, the detainee has in all cases been effectively deprived of his right to counsel. He stated that *Brydges* is authority for the principle that, included in the reasonable opportunity which the police must give the detainee to exercise his right to counsel, is that the police should inform him of the existence (where it does exist) and availability of legal aid and duty counsel. *Brydges* is not, he said at p. 162, "authority for the proposition that the state must necessarily provide such counsel".

Chipman J.A. described the issue raised in this case, at p. 162, as being about "the consequence of the simple unavailability of counsel — for whatever reason". He then noted at p. 162 that:

The [appellant] was arrested on a spring Saturday afternoon. As it happened, none of the 12 lawyers on the list provided by Constable Young could be reached. The [appellant] did not choose to try his luck with other lawyers to see if one might willingly give him some assistance on the telephone. It may well be that had he tried, he would have succeeded in contacting, within the two hours following his driving, somebody who would be willing to give him on the telephone the brief advice that he needed.

d'avocats de garde et elles ont été incapables de le faire ou elles n'ont pas voulu le faire; en conséquence, les droits garantis par la loi à [l'appellant] ont été violés.

Par suite de cette violation, il a été possible d'obtenir de [l'appellant] une preuve auto-incriminante, et la Cour statue que cette preuve, un certificat d'analyse d'haleine, devrait être écartée car son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La Cour d'appel (1992), 113 N.S.R. (2d) 156 (les juges Freeman, Jones et Chipman)

Le juge Chipman

S'exprimant en son nom et en celui du juge Jones, le juge Chipman a dit que, dans l'arrêt *Brydges*, la Cour suprême du Canada à la majorité n'est pas allée jusqu'à dire que si aucun avocat de garde n'est disponible ou ne peut être trouvé, la personne détenue est dans tous les cas privée de son droit à l'assistance d'un avocat. Il a dit que l'arrêt *Brydges* a établi le principe qu'en donnant à une personne détenue la possibilité raisonnable d'exercer le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, les policiers doivent l'informer de l'existence (le cas échéant) et l'accessibilité de l'aide juridique et d'avocats de garde. Il a ajouté (à la p. 162) que l'arrêt *Brydges* ne permet pas d'affirmer que [TRADUCTION] «l'État doit nécessairement fournir les services de tels avocats».

Le juge Chipman a mentionné, à la p. 162, que la question soulevée dans cette affaire concernait [TRADUCTION] «les conséquences de la non-disponibilité d'un avocat — pour quelque motif que ce soit». Il a fait ensuite les remarques suivantes, à la p. 162:

[TRADUCTION] L'[appellant] a été arrêté un samedi après-midi de printemps. Il se trouve qu'aucun des 12 avocats dont le nom figurait sur la liste fournie par l'agent Young n'a pu être joint. L'[appellant] a décidé de ne pas tenter sa chance auprès d'autres avocats pour savoir si l'un d'eux accepterait volontiers de l'aider au téléphone. Il se peut que, s'il avait essayé, il aurait réussi, dans les deux heures qui ont suivi son arrestation, à communiquer avec quelqu'un qui aurait accepté de lui donner au téléphone les brefs conseils dont il avait besoin.

He suggested that there is some urgency involved in cases of breathalyser demands because the sample must be obtained within two hours in order to enable the Crown to have the benefit of the rebuttable presumption under s. 258(1)(d) of the *Code* (i.e., that readings taken during this period are proof of the blood alcohol level at the time the offence was committed).

Chipman J.A., therefore, concluded at p. 163 that the appellant had not been denied his s. 10(b) rights:

Whenever counsel is not readily available, the question will arise whether, before questioning the detainee or attempting to get him to submit to any procedure which may incriminate him, there was afforded a reasonable opportunity to consult counsel. What is reasonable will depend on the circumstances. Where counsel cannot readily be obtained, it may simply be a matter of the police waiting until one can be found. This will often be the case where questioning is involved. Where, however, the breathalyser demand has been made, it is important that the Crown not lose the benefit of the presumption in s. 258(1)(d) of the *Code*.

It is not necessary here to pursue this avenue to its end. Constable Young had provided the list of lawyers with home telephone numbers. He afforded privacy and even assistance in making the calls. Constable Young went further and provided the telephone book so that the [appellant] could call any lawyer other than the listed Legal Aid lawyers. Constable Young had not at any time during all this process attempted to elicit evidence from the [appellant]. It was the [appellant] who terminated the proceedings by volunteering to take the test. [Emphasis in original.]

Chipman J.A. further held at p. 163 that in agreeing to take the breathalyser test, the appellant expressly waived his s. 10(b) rights:

There was, to use the language of Lamer J., in *Ross*, [*infra*], at [S.C.R., p. 11] "a clear indication that he had changed his mind" about consulting counsel before taking the test. This may have been prompted by frustration at his inability to obtain counsel, but in view of the fact that he was told the purpose of the demand and the con-

Le juge s'est dit d'avis qu'il y a une certaine urgence dans les cas où la personne doit se soumettre à un alcootest parce que l'échantillon doit être prélevé dans les deux heures qui suivent l'infraction reprochée pour que le ministère public puisse invoquer la présomption réfutable de l'al. 258(1)d) du *Code* (c.-à-d. que les résultats obtenus pendant cette période font foi de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction a été commise).

Le juge Chipman a donc conclu, à la p. 163, qu'il n'y avait pas eu de violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant:

[TRADUCTION] Chaque fois qu'un avocat n'est pas disponible, la question se pose de savoir si, avant d'interroger la personne détenue ou d'essayer d'obtenir qu'elle participe à quelque chose qui pourrait l'incriminer, on lui a donné une possibilité raisonnable de consulter un avocat. Ce qui est raisonnable dépendra des circonstances. Lorsqu'un avocat ne peut être joint facilement, il pourra simplement s'agir que les policiers attendent jusqu'à ce qu'il soit possible d'en trouver un. Ce sera souvent le cas lorsqu'un interrogatoire est en cause. Toutefois, lorsque la demande de se soumettre à un alcootest a été faite, il est important que le ministère public ne perde pas la possibilité de se prévaloir de la présomption prévue à l'al. 258(1)d) du *Code*.

Il n'est pas nécessaire en l'espèce de pousser plus loin cet argument. L'agent Young avait fourni la liste des avocats avec leur numéro de téléphone à domicile. Il a conduit l'appelant dans un coin isolé où il a pu faire ses appels et il l'a même aidé à les faire. Il est allé plus loin et a remis le bottin à l'[appellant] pour lui permettre de communiquer avec d'autres avocats que ceux dont le nom figurait sur la liste de l'aide juridique. En aucun temps il n'a essayé de soutirer des éléments de preuve à l'[appellant]. C'est l'[appellant] qui a mis fin au processus en offrant de son plein gré de se soumettre au test. [Souligné dans l'original.]

Le juge Chipman a en outre statué, à la p. 163, que, en acceptant de se soumettre à l'alcootest, l'appelant a expressément renoncé aux droits que lui garantit l'al. 10b):

[TRADUCTION] Il y a eu, pour reprendre les termes du juge Lamer dans l'arrêt *Ross*, [*infra*], [à la p. 11 R.C.S.], une «indication claire qu'il avait changé d'avis» quant à son intention de consulter un avocat avant de se soumettre au test. C'est peut-être la frustration découlant de son incapacité de joindre un avocat qui l'a incité à agir ainsi

sequences of refusal, it would be difficult to conclude that the [appellant] was not aware of the consequences of what he was doing. There is no evidence that he was not so aware. It is clear that the [appellant] changed his mind about wanting to speak to counsel before he took the test. The waiver was explicit, but if it could be said to be implicit, the high standard referred to by Lamer, J., has been met.

Turning to s. 24(2) of the *Charter*, Chipman J.A. addressed the question of exclusion of evidence in the event that the trial judge was correct. He concluded at p. 166 that the fairness of the trial would not be affected by the admission of the evidence.

... while the breath sample is more correctly categorized as self-incriminating evidence than real evidence, it is to be distinguished from a confession which is truly a case of an accused being conscripted against himself and creating evidence which did not exist before and which he was not required to give. In the face of the very strong evidence of his impairment, Constable Young had reasonable grounds to demand the sample from the [appellant]. The [appellant] would in all probability be committing a criminal offence had he failed to provide [the sample]. He provided it pursuant to a statutory obligation. Had he received the advice of counsel he would have in all probability been advised to take the test in the circumstances of this case.

With respect to the seriousness of any breach, Chipman J.A. stated that the breach of *Charter* rights was technical in nature and that the conduct of the police had been beyond reproach. He added at p. 167 that the administration of justice would not be well served by the exclusion of the evidence: "Most reasonably dispassionate and fully informed persons would be appalled and dismayed at the exclusion of this evidence which so fully confirmed the officer's viva voce testimony of the [appellant's] impairment."

Freeman J.A. (concurring)

Upon his review of *Brydges, supra*, Freeman J.A. held that there was no constitutional right to state funded counsel. According to him, at p. 170, the right which courts have identified as applicable

mais, comme il avait été informé de l'objet de l'ordre donné et des conséquences d'un refus, il serait difficile de conclure que l'[appelant] ignorait quelles seraient les conséquences de ses actes. Rien dans la preuve n'indique que tel était le cas. Il est clair que l'[appelant] a changé d'avis au sujet de son désir de parler à un avocat avant de se soumettre au test. La renonciation était explicite, mais si on pouvait affirmer qu'elle était implicite, il a été satisfait à la norme très stricte mentionnée par le juge Lamer.

Passant ensuite au par. 24(2) de la *Charte*, le juge Chipman a examiné la question de l'exclusion de la preuve dans l'éventualité où le juge du procès aurait eu raison. Il a conclu, à la p. 166, que l'utilisation de la preuve ne porterait pas atteinte à l'équité du procès.

[TRADUCTION] . . . bien que l'échantillon d'haleine puisse plus correctement être qualifié de preuve auto-incriminante que de preuve matérielle, il faut faire la distinction d'avec un aveu; dans ce dernier cas, l'accusé agit contre lui-même et crée un élément de preuve qui n'existait pas auparavant et qu'il n'était pas tenu de fournir. Compte tenu de la preuve évidente de l'état de l'[appelant], l'agent Young avait des motifs raisonnables d'exiger qu'il fournisse un échantillon d'haleine. L'[appelant] aurait selon toute vraisemblance commis un acte criminel s'il ne l'avait pas fourni. Il a consenti au prélèvement parce qu'il y était tenu en vertu de la loi. S'il avait pu joindre un avocat, celui-ci lui aurait selon toute probabilité conseillé de se soumettre au test compte tenu des circonstances de l'affaire.

Quant à la gravité de la violation, le juge Chipman a dit que la violation des droits conférés par la *Charte* n'était que de pure forme et que les policiers n'avaient rien à se reprocher. Il a ajouté, à la p. 167, que l'exclusion de la preuve ne servirait pas l'administration de la justice: [TRADUCTION] «La plupart des personnes impartiales et bien informées seraient consternées par l'exclusion de cet élément de preuve qui confirme en tous points le témoignage oral du policier relativement aux facultés affaiblies de l'[appelant].»

Le juge Freeman (opinion concordante)

Après avoir examiné l'arrêt *Brydges*, précité, le juge Freeman a statué que la Constitution ne garantissait aucun droit à l'existence de services d'avocats rémunérés par l'État. Selon lui, à la p.

in the appellant's circumstances is the right to a "reasonable opportunity" to retain and instruct counsel. He found at p. 170 that, on the evidence, the police afforded the appellant a reasonable opportunity to consult counsel which "if vigorously pursued, might have resulted in contact with the one Legal Aid lawyer who was still available". He also noted that there was no evidence that a lawyer in private practice would refuse advice to a detained person who had no prospect of paying for it. Freeman J.A. stated that, in any event, the appellant voluntarily declined to take further advantage of his opportunity to seek counsel so that the question as to how long police must wait to afford an accused a reasonable opportunity did not arise.

Freeman J.A. disagreed, at p. 170, with the trial judge's finding that the appellant was duly diligent in asserting his right to counsel and that he did not waive that right:

[The appellant] did not pursue his right to seek counsel but agreed to take the breathalyser test voluntarily, and it is idle to speculate whether he chose that course from frustration or for other reasons. The burden was on him to prove an infringement of his right to counsel. He did not testify. There is no evidence from him that he did not have a reasonable opportunity to seek counsel, nor that his consent to take the breathalyser test was not a proper waiver of his right. In the circumstances it was reasonable for Constable Young to treat it as a waiver.

Freeman J.A. further observed that there was no conflict between the appellant's assertion of the right to counsel and any expressed urgency by the police to collect the breath samples within two hours, pursuant to the operation of the presumption in s. 258(1)(c) of the *Code*. According to Freeman J.A., the appellant was under no pressure to discontinue his efforts to reach counsel and there is no evidence that he believed himself to be. He concluded that, at the very least, the appellant ceased

170, le droit qui, suivant les tribunaux, s'applique dans le cas de l'appellant, est celui à une «possibilité raisonnable» d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il a conclu, à la p. 170, que, d'après la preuve, les policiers avaient donné à l'appellant une possibilité raisonnable de consulter un avocat et que s'il [TRADUCTION] «avait été plus tenace, il aurait réussi à joindre l'avocat de l'aide juridique qui était encore disponible». Il a en outre souligné que rien dans la preuve n'indique qu'un avocat en cabinet privé refuserait ses conseils à une personne détenue qui ne croyait pas pouvoir le payer. Le juge Freeman a dit que, quoi qu'il en soit, l'appellant a volontairement refusé de profiter davantage de la possibilité qui lui a été donnée de chercher un avocat, de sorte que la question de savoir pendant combien de temps les policiers doivent attendre pour que l'accusé ait une possibilité raisonnable ne s'est pas posée.

Le juge Freeman n'était pas d'accord avec le juge du procès, qui a estimé que l'appellant avait fait preuve de diligence en faisant valoir son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il n'avait pas renoncé à ce droit (à la p. 170):

[TRADUCTION] [L'appellant] ne s'est pas prévalu de son droit à l'assistance d'un avocat, mais il a consenti de plein gré à se soumettre à l'alcootest, et il est inutile de chercher à déterminer s'il a agi ainsi par frustration ou pour d'autres motifs. Il lui incombait de prouver que son droit à l'assistance d'un avocat avait été violé. Il n'a pas témoigné. Il n'a fourni aucun élément de preuve indiquant qu'il n'a pas eu une possibilité raisonnable de recourir aux services d'un avocat ou que, en acceptant de se soumettre à l'alcootest, il n'a pas renoncé à son droit. Dans les circonstances, il était raisonnable que l'agent Young considère qu'il s'agissait d'une renonciation.

Le juge Freeman a en outre fait remarquer qu'il n'y avait aucune contradiction entre l'exercice par l'appellant de son droit à l'assistance d'un avocat et l'urgence pour les policiers de prélever les échantillons d'haleine dans les deux heures qui suivaient pour que s'applique la présomption prévue à l'al. 258(1)(c) du *Code*. Selon le juge Freeman, aucune pression n'a été exercée sur l'appellant pour qu'il renonce à joindre un avocat et rien dans la preuve n'indique que ce dernier croyait faire l'objet de

seeking to assert his rights with due diligence, which in the circumstances of the case was indistinguishable from actual waiver. In light of his finding that there had been no *Charter* infringement, he declined to consider s. 24(2) of the *Charter* and whether admission of the breathalyser certificate would bring the administration of justice into disrepute.

III. Points in Issue

This case raises three broad issues:

1. Does s. 10(b) of the *Charter* impose a substantive constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel is available upon arrest or detention to provide free and immediate, preliminary legal advice upon request?
2. Was the appellant's right to retain and instruct counsel without delay under s. 10(b) of the *Charter* violated in this case?
3. If the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* were infringed, should the breathalyser evidence obtained from him be excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

IV. Analysis

(a) "*Brydges Duty Counsel*"

Section 10(b) of the *Charter* provides that,

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 *Brydges*, *supra*, this Court was unanimous in concluding that the accused's s. 10(b) rights had been violated. The Court stated at p. 209:

telles pressions. Le juge a conclu que, tout au moins, l'appelant a mis fin à ses efforts pour se prévaloir de ses droits avec diligence raisonnable, ce qui, dans les circonstances de l'affaire, ne pouvait être différencié d'une renonciation réelle. Ayant conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*, il a refusé d'examiner le par. 24(2) de la *Charte* pour déterminer si l'utilisation du certificat d'alcootest serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions générales:

1. L'alinéa 10b) de la *Charte* impose-t-il aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de prendre les mesures nécessaires pour qu'une personne mise en état d'arrestation ou placée en détention puisse, à sa demande, avoir accès, sans frais et sans délai, aux services d'un avocat de garde chargé de lui fournir des conseils juridiques préliminaires?
2. Le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant a-t-il été violé en l'espèce?
3. S'il y a eu violation des droits de l'appelant, la preuve de l'alcootest auquel il s'est soumis devrait-elle être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

IV. L'analyse

a) *Les «avocats de garde selon Brydges»*

L'alinéa 10b) de la *Charte* dispose:

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;

Dans l'arrêt *Brydges*, précité, notre Cour a conclu à l'unanimité que les droits garantis à l'accusé par l'al. 10b) avaient été violés. La Cour a dit, à la p. 209:

... in circumstances where an accused expresses a concern that the right to counsel depends upon the ability to afford a lawyer, it is incumbent on the police to inform him of the existence and availability of Legal Aid and duty counsel.

However, the majority of this Court went further and expanded the information component under s. 10(b), which is triggered by arrest or detention. It was no longer constitutionally sufficient for law enforcement authorities simply to repeat the words of the *Charter* by cautioning detainees of their right "to retain and instruct counsel without delay". The majority held at p. 212 that "information about the existence and availability of duty counsel and Legal Aid plans should be part of the standard s. 10(b) caution upon arrest or detention". As I explain in *Bartle* (released concurrently) at p. 195, *Brydges* had the effect of adding two new elements to the information component of s. 10(b): "(1) information about access to counsel free of charge where an accused meets prescribed financial criteria set by provincial Legal Aid plans ("Legal Aid"); and (2) information about access to immediate, although temporary legal advice irrespective of financial status ("duty counsel")".

As I discuss in *Bartle*, at pp. 195-96, a clear distinction between duty counsel and Legal Aid was drawn in *Brydges*. The term "duty counsel" was used to refer to a specific subset of legal services which are provided to persons who have been arrested or detained (i.e., "detainees"). Duty counsel in this context refers to the provision of immediate and free preliminary legal advice by qualified personnel, whether staff lawyers from Legal Aid offices, lawyers from the private bar, lawyers specifically hired for the purpose of fielding calls from detainees, or otherwise. Since the release of *Brydges*, I note that this service has been called "*Brydges* duty counsel" to distinguish it from other forms of summary legal advice and assistance which are provided to accused persons, often irre-

... lorsqu'un accusé s'inquiète de ce que le droit à l'assistance d'un avocat dépende de la capacité d'en assumer les frais, les policiers ont l'obligation de l'informer de l'existence de l'aide juridique ou des avocats de garde et de la possibilité d'y recourir.

Toutefois, la Cour à la majorité est allée plus loin et elle a élargi le volet information de l'al. 10b), qui s'applique lorsqu'une personne est mise en état d'arrestation ou placée en détention. Il ne suffisait plus, d'un point de vue constitutionnel, que les responsables de l'application de la loi répètent simplement les termes de la *Charte* quand ils informent les personnes détenues de leur droit «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat». La majorité a dit, à la p. 212, que «les renseignements sur l'existence des régimes d'avocats de garde et d'aide juridique et de la possibilité d'y recourir devraient faire partie de la mise en garde normalement donnée en vertu de l'al. 10b) lors de l'arrestation ou de la mise en détention d'une personne». Comme je l'explique à la p. 195 de l'arrêt *Bartle* (rendu simultanément), l'arrêt *Brydges* a eu pour effet d'ajouter deux nouveaux éléments au volet information de l'al. 10b): «(1) des renseignements sur l'accès sans frais aux services d'un avocat lorsque l'accusé répond aux critères financiers établis par les régimes provinciaux d'aide juridique («l'aide juridique»); (2) des renseignements sur l'accès à des conseils juridiques immédiats, quoique temporaires, sans égard à la situation financière («avocats de garde»)).

Comme je l'explique aux pp. 195 et 196 de l'arrêt *Bartle*, une distinction nette a été faite dans l'arrêt *Brydges* entre les avocats de garde et l'aide juridique. L'expression «avocat de garde» a été utilisée pour désigner un sous-ensemble particulier de services juridiques qui sont fournis aux personnes qui ont été arrêtées ou placées en détention (c.-à-d. «les personnes détenues»). Dans ce contexte, cette expression renvoie aux conseils juridiques préliminaires, immédiats et gratuits, qui sont fournis par un personnel compétent qu'il s'agisse d'avocats salariés travaillant aux bureaux de l'aide juridique, d'avocats de cabinets privés, d'avocats dont les services sont spécialement retenus pour répondre aux appels des personnes détenues, ou autrement. Depuis la publication de l'arrêt

spective of their means, and which typically include plea advice, arranging adjournments, speaking to bail and sentence and negotiating dispositions with the Crown: Prairie Research Associates, *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993), and Prairie Research Associates, *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993) (the "P.R.A. Reports").

In *Brydges*, the issue of whether s. 10(b) imposes, either alone or in conjunction with other provisions of the *Charter*, a positive obligation on governments to ensure that duty counsel is available to detainees did not arise for consideration. In Manitoba, the province where the accused in *Brydges* was arrested and first detained, a Legal Aid Plan and a form of duty counsel service were in existence and available at the relevant time. This was evident because, after some initial questioning by police, the accused asked to speak to a Legal Aid lawyer and one was eventually contacted by police. The record revealed that the Legal Aid lawyer who had been contacted attended at the police station and provided the accused with free summary legal advice. As a result, it was not necessary in *Brydges* to consider whether, in the absence of such assistance having been available, s. 10(b) imposes a constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel services exist and are universally accessible to all detainees on an on-call, 24-hour basis. Moreover, at p. 217 of *Brydges*, the majority noted that the issue of whether there is a constitutional right to assistance and representation of counsel was not before the Court.

Importantly, although *Brydges* required that detainees be advised as a matter of course of their (statutory) right to immediate, although temporary,

Brydges, je constate que ce service a été appelé «avocats de garde selon *Brydges*» afin de faire une distinction d'avec les autres formes de conseils et d'aide juridiques sommaires qui sont fournis aux personnes accusées, souvent sans égard à leurs moyens financiers, et qui comprennent, notamment, les conseils sur le plaidoyer, les demandes d'ajournement, les observations sur le cautionnement et la peine, et les négociations des mesures à prendre avec le ministère public: Prairie Research Associates, *Duty Counsel Systems: Summary Report* (avril 1993), et Prairie Research Associates, *Duty Counsel Systems: Technical Report* (avril 1993) (les «*Rapports de P.R.A.*»).

Dans l'arrêt *Brydges*, on n'a pas soulevé la question de savoir si l'al. 10b), seul ou en conjonction avec d'autres dispositions de la *Charte*, impose aux gouvernements une obligation positive de prendre des mesures pour que les personnes détenues puissent avoir accès aux services d'avocats de garde. Au Manitoba, province où l'accusé dans l'arrêt *Brydges* avait été arrêté et placé tout d'abord en détention, il existait un régime d'aide juridique et une forme de services d'avocats de garde auxquels il était possible de recourir. C'était évident parce que, après l'interrogatoire initial par les policiers, l'accusé a demandé à parler à un avocat de l'aide juridique et les policiers ont réussi à en rejoindre un. Le dossier indique que l'avocat de l'aide juridique qui a été joint s'est présenté au poste de police et a fourni sans frais à l'accusé des conseils juridiques sommaires. C'est pourquoi il n'a pas été nécessaire dans l'arrêt *Brydges* d'examiner si, lorsque de tels services n'existent pas, l'al. 10b) impose aux gouvernements l'obligation constitutionnelle de prendre les mesures nécessaires pour mettre en place des services d'avocats de garde accessibles par téléphone à toutes les personnes détenues, 24 heures par jour. De plus, à la p. 217 de cet arrêt, la majorité a fait remarquer que la Cour n'était pas saisie de la question de savoir s'il existe un droit à l'assistance d'un avocat et un droit de se faire représenter par un avocat en vertu de la Constitution.

Il est important de souligner que, même si l'arrêt *Brydges* exigeait que les personnes détenues soient informées automatiquement de leur droit (garanti

free legal advice, it made clear at p. 215 that the information to be conveyed to detainees by police was to refer to services actually available within the jurisdiction:

... as part of the information component of s. 10(b) of the *Charter*, a detainee should be informed of the existence and availability of the applicable systems of duty counsel and Legal Aid in the jurisdiction, in order to give the detainee a full understanding of the right to retain and instruct counsel. [Emphasis added.]

This has subsequently been confirmed and reiterated in *Bartle*, where I say that, if there is in existence a 24-hour duty counsel service which can be accessed by dialling a toll-free number, as there is in Ontario, this must be communicated to all detainees as part of the standard s. 10(b) caution delivered by police. Obviously, it would make no sense to inform detainees of a service which does not in fact exist and which is, therefore, unavailable to them. The point of the information component under s. 10(b) is to enable detainees to make informed decisions about services which actually exist. Since *Brydges* was primarily concerned with the information component of s. 10(b), it should not be read as saying that s. 10(b) guarantees the existence of or requires the provision of duty counsel services for detainees across the country.

That being said, I would like to stress that in jurisdictions where "*Brydges* duty counsel" is in fact present, I believe that the interests of all participants in the criminal justice system are served in the fullest, simplest and most direct manner and, therefore, that it is a service which governments and the bar are well advised to implement and maintain. As the extrinsic evidence shows, requiring police to advise detainees of the existence of a universally available, 24-hour duty counsel service increases the likelihood that detainees will seek legal advice and thereby be informed of their rights and obligations under the law and how these should be exercised: e.g., see *Bartle*, at p. 200. In

par la loi) à des services juridiques immédiats et gratuits quoique temporaires, il indiquait clairement (à la p. 215) que, dans les renseignements qu'ils donnent aux personnes détenues, les policiers doivent mentionner les services existant dans la province ou le territoire en cause:

... dans le cadre de l'obligation d'informer prévue par l'al. 10b) de la *Charte*, il faut renseigner la personne détenue sur l'existence des régimes applicables d'avocats de garde et d'aide juridique dans la province ou le territoire en cause, afin de lui permettre de saisir pleinement son droit à l'assistance d'un avocat. [Je souligne.]

Ce principe a été confirmé et repris dans l'arrêt *Bartle*, où je dis que, si il existe des services d'avocats de garde fonctionnant 24 heures par jour et auxquels il est possible d'avoir accès en composant un numéro sans frais, comme c'est le cas en Ontario, les policiers doivent en faire part à toutes les personnes placées en détention dans la mise en garde qu'ils doivent normalement leur donner en vertu de l'al. 10b). Il va sans dire qu'il serait illogique d'informer les personnes détenues d'un service qui n'existe pas et auquel elles ne peuvent en conséquence avoir recours. Le volet information de l'al. 10b) a pour but de permettre aux personnes détenues de prendre des décisions éclairées au sujet des services qui existent. Comme l'arrêt *Brydges* concernait principalement le volet information de l'al. 10b), il ne faudrait pas conclure qu'il détermine que cet alinéa garantit l'existence de services d'avocats de garde ou exige que les personnes détenues puissent disposer de tels services partout au pays.

Cela étant dit, j'aimerais souligner que, à mon avis, dans les provinces ou territoires où ils existent, les services d'«avocats de garde selon *Brydges*» permettent de protéger au mieux et de la façon la plus simple et la plus directe les intérêts de tous les participants du système de justice criminelle; en conséquence, il s'agit de services que les gouvernements et les barreaux ont tout intérêt à mettre en place et à financer. Comme le montre la preuve extrinsèque, exiger des policiers qu'ils informent les personnes détenues de l'existence de services d'avocats de garde accessibles à tous, 24 heures par jour, augmente les possibilités que ces personnes cherchent à obtenir des conseils juri-

other words, the existence of such a service reduces the likelihood of detainees being left with the mistaken impression that legal assistance is not available to them due to the expense of hiring a lawyer, or to the fact that it is outside regular business hours. In addition, provision of duty counsel would seem to offer concrete benefits to law enforcement authorities and to the courts. That is, not only does ensuring that legal advice is available at the outset save time and allow police to proceed more quickly with their investigatory work and with laying charges, but also it is likely to facilitate the admission into evidence of various statements made to police by detained persons. "Brydges duty counsel" is also likely, at least in the long run, to be cost efficient. It would decrease the overtime costs associated with having police "hold off" to provide the necessary "reasonable opportunity" to contact counsel and, by reducing the number of motions which centre around ss. 10(b) and 24(2) of the *Charter*, would help to save on court resources.

I would also note that duty counsel services do in fact exist in a variety of forms in most jurisdictions throughout this country. The clearest and most up-to-date overview of duty counsel systems in Canada is found in the *P.R.A. Reports*, which were commissioned and financed by the federal Department of Justice. It should be borne in mind, however, that these Reports do not include Quebec, which declined to participate, or the Yukon or the Northwest Territories, which were excluded for practical reasons. At pages 4.94-4.95 of the *P.R.A. Technical Report*, duty counsel services presently available to detainees are described in the following terms:

diques et qu'elles soient en conséquence informées de leurs droits et obligations en vertu de la loi ainsi que de la manière dont elles peuvent exercer ces droits: p. ex., voir l'arrêt *Bartle*, à la p. 200. En d'autres termes, lorsqu'il existe de tels services, il y a moins de risques que les personnes détenues aient l'impression erronée qu'elles ne peuvent avoir recours à l'assistance d'un avocat en raison des frais que cela comporte ou parce que l'on est en dehors des heures de bureau. De plus, il semble que l'existence de services d'avocats de garde présente des avantages concrets pour les tribunaux et pour les responsables de l'application de la loi. En effet, en s'assurant que les personnes détenues puissent dès le départ obtenir des conseils juridiques, non seulement on sauve du temps et on permet aux policiers d'effectuer leur enquête et de porter des accusations plus rapidement, mais on facilite aussi l'utilisation en preuve des diverses déclarations faites aux policiers par les personnes détenues. Il est également fort probable que le système d'«avocats de garde selon *Brydges*» sera rentable, du moins à long terme. Il entraînerait une réduction des coûts liés aux heures de travail supplémentaires que doivent faire les policiers lorsqu'ils doivent surseoir au processus en cours pour donner à la personne une «possibilité raisonnable» de communiquer avec un avocat et, en diminuant le nombre de requêtes portant principalement sur l'al. 10b) et sur le par. 24(2) de la *Charte*, il permettrait d'économiser les ressources des tribunaux.

J'aimerais également souligner que des services d'avocats de garde existent déjà sous diverses formes dans la plupart des provinces et territoires. L'analyse la plus claire et la plus récente des systèmes d'avocats de garde au Canada se trouve dans les *Rapports de P.R.A.* qui ont été rédigés à la demande du ministère de la Justice du Canada, qui en a assuré le financement. Il ne faut toutefois pas oublier que ces rapports ne traitent pas de la situation au Québec, qui a refusé de participer à l'étude, ni au Yukon ou dans les Territoires du Nord-Ouest, qui ont été exclus pour des raisons d'ordre pratique. On trouve aux pp. 4.94 et 4.95 du *Technical Report* de P.R.A. la description suivante des services d'avocats de garde actuellement offerts aux personnes détenues:

1994 CanLII 65 (SCC)

The response to *Brydges* has varied considerably. Table 4-25 [found at p. 4-95 and reproduced below] shows the approaches currently in place in the jurisdictions included in this study. In general, during the day legal aid offices will accept calls from police and accused. Summary advice is provided by staff counsel and thereafter referrals are made to staff or private counsel. In British Columbia, a province-wide toll free number is used to handle all *Brydges* calls.

After hours calls are handled in different ways. In Saskatchewan a toll free number is maintained under contract to Legal Aid. The accused who uses this number may receive summary advice, but is usually referred to local legal aid staff counsel, or recommends that private lawyers be consulted (from the Yellow Pages) if accused do not appear to qualify for legal aid. In many areas, police are informed of which lawyers are on duty counsel and accused are provided with these lists. In Ontario a toll free number is maintained in Toronto to provide summary advice at any time. Compensation for after hours calls is currently provided only in New Brunswick on a per call basis. Because duty counsel are private lawyers in Alberta and British Columbia and are allowed to assume accused as clients after duty counsel consultation, legal aid management believes this should be inducement enough. The recent elimination of the fee for after hours calls has caused some controversy in Alberta. In Nova Scotia, the use of staff counsel to handle after hours calls has prompted considerable acrimony with some lawyers refusing to accept any calls in the evening. Manitoba pays a weekly fee to a lawyer or articling student assigned to take after hours calls in Winnipeg only. In the smaller jurisdictions, legal aid staff and/or private lawyers have their phone numbers posted in police stations and correctional facilities. These after-hours calls are not compensated, though the cases often result in a legal aid certificate.

[TRADUCTION] Les suites données à l'arrêt *Brydges* ont été fort différentes. Le tableau 4-25 [à la p. 4-95, reproduit ci-après] montre les diverses formules qui ont été adoptées dans les provinces visées par la présente étude.

a En règle générale, les services d'aide juridique acceptent pendant les heures de bureau les appels provenant de policiers et d'accusés. Des avocats salariés fournissent des conseils sommaires et, par la suite, les personnes sont mises en rapport avec des avocats salariés ou des avocats de cabinets privés. En Colombie-Britannique, un numéro de téléphone sans frais peut être composé dans l'ensemble de la province pour les demandes de type *Brydges*.

c Après les heures de bureau, les appels sont traités de diverses manières. En Saskatchewan, un numéro de téléphone sans frais permet de joindre l'aide juridique. L'accusé qui utilise ce numéro peut recevoir des conseils sommaires; toutefois, on le met habituellement en contact avec un avocat salarié de l'aide juridique, ou on lui recommande de consulter des avocats de cabinets privés (en utilisant les Pages jaunes) lorsqu'il ne semble pas être admissible à l'aide juridique. Dans de nombreuses régions, les policiers sont informés des noms des avocats de garde et ils en remettent la liste aux accusés. En Ontario, un numéro de téléphone peut être composé sans frais à Toronto pour obtenir des conseils sommaires en tout temps. À l'heure actuelle, les appels effectués en dehors des heures de bureau ne font l'objet d'une rémunération (par appel) qu'au Nouveau-Brunswick. Comme en Alberta et en Colombie-Britannique, les avocats de garde sont des avocats de cabinets privés auxquels il est ensuite loisible de prendre les accusés comme clients une fois qu'ils leur ont fourni des conseils à titre d'avocats de garde, la direction de l'aide juridique croit qu'il s'agit là d'un avantage suffisant. L'abolition récente des honoraires pour les appels effectués en dehors des heures de bureau a causé une certaine controverse en Alberta. En Nouvelle-Écosse, l'utilisation d'avocats salariés pour répondre aux appels après les heures de bureau a suscité beaucoup d'amertume chez certains avocats, qui refusent d'accepter des appels le soir. Le Manitoba verse des honoraires hebdomadaires à un avocat ou à un stagiaire chargé de recevoir les appels en dehors des heures de bureau à Winnipeg seulement. Dans les régions moins peuplées, les numéros de téléphone des avocats de l'aide juridique ou des avocats de cabinets privés sont affichés dans les postes de police et dans les organismes correctionnels. Ces appels ne sont pas rémunérés, bien qu'un certificat d'aide juridique soit souvent remis.

TABLE/TABLEAU 4-25

Summary of Brydges Duty Counsel or On-Call Services
 Résumé des services d'avocats de garde selon Brydges

| Jurisdiction Province | Compensation for After Hours Calls Rémunération pour les appels après les heures de bureau | Access Accès |
|---|---|---|
| Nova Scotia Nouvelle-Écosse | Staff Counsel Avocats salariés | <ul style="list-style-type: none"> • Legal Aid during day. • After hours police maintain lists of Legal Aid Lawyers. • Aide juridique pendant le jour. • Après les heures de bureau, les services de police tiennent une liste des avocats de l'aide juridique. |
| Prince Edward Island Île-du-Prince-Édouard | No Aucune | <ul style="list-style-type: none"> • Legal Aid during day. • After hours police <u>may</u> maintain lists. • Aide juridique pendant le jour. • Après les heures de bureau, les services de police <u>peuvent</u> tenir des listes. |
| Saskatchewan Saskatchewan | Staff Counsel Avocats salariés | <ul style="list-style-type: none"> • Legal Aid during day. • After hours province-wide toll free number. • Aide juridique pendant le jour. • Après les heures de bureau, numéro de téléphone sans frais dans l'ensemble de la province. |
| Manitoba Manitoba | No (except in Winnipeg — flat weekly fee paid) Aucune (sauf à Winnipeg — honoraires hebdomadaires fixes) | <ul style="list-style-type: none"> • In Winnipeg a 24 hour on-call service maintained by Legal Aid Manitoba. • In rural areas, RCMP maintain complete lists of Legal Aid lawyers who can be called at anytime. • À Winnipeg, Aide juridique Manitoba assure un service sur appel 24 heures par jour. • Dans les régions rurales, la GRC garde une liste complète des avocats de l'aide juridique qui peuvent être joints en tout temps. |
| New Brunswick Nouveau-Brunswick | \$25/call 25 \$/appel | <ul style="list-style-type: none"> • Legal Aid during day. • Local police have lists of private lawyers performing duty counsel for after hours. • Aide juridique pendant le jour. • Les services de police locaux ont des listes des avocats de cabinets privés qui agissent comme avocats de garde après les heures de bureau. |

| | | |
|----------------------|--|--|
| Newfoundland | No | <ul style="list-style-type: none"> • Toll Free 24 hours per day, usually route to St. John's Legal Aid office during day. • After hours, calls are routed by answering service to staff lawyers who accept calls on weekly stints. • Police also maintain lists of private lawyers. |
| Terre-Neuve | Aucune | <ul style="list-style-type: none"> • Une ligne sans frais, 24 heures par jour, achemine habituellement les appels au bureau de l'aide juridique de St. John's pendant le jour. • Après les heures de bureau, les appels sont acheminés par une permanence téléphonique aux avocats salariés qui prennent les appels suivant une répartition hebdomadaire. • Les services de police gardent aussi des listes des avocats de cabinets privés. |
| Ontario | No | <ul style="list-style-type: none"> • Legal Aid offices during day. • Toll free 24 hour provincial wide line, staffed by three staff lawyers in Toronto. • Local police also maintain lists of Legal Aid lawyers and private bar willing to accept calls after hours. |
| Ontario | Aucune | <ul style="list-style-type: none"> • Bureau de l'aide juridique pendant le jour. • Ligne sans frais, 24 heures par jour, pour l'ensemble de la province permettant de joindre trois avocats salariés à Toronto. • Les services de police locaux gardent aussi des listes des avocats de l'aide juridique et des avocats de cabinets privés qui acceptent les appels après les heures de bureau. |
| Alberta | \$15/call, Ceased July 92 | <ul style="list-style-type: none"> • Toll free 24 hour line. • Police maintain lists of private lawyers. |
| Alberta | 15 \$/appel, rémunération abolie depuis juillet 92 | <ul style="list-style-type: none"> • Ligne sans frais, 24 heures par jour. • Les services de police gardent des listes des avocats de cabinets privés. |
| British Columbia | No | <ul style="list-style-type: none"> • Toll free 24 hour assistance offered from Vancouver. Summary advice followed by referral to local bar. |
| Colombie-Britannique | Aucune | <ul style="list-style-type: none"> • Aide téléphonique sans frais, à partir de Vancouver, 24 heures par jour. Après des conseils sommaires, les personnes sont renvoyées à des avocats de cabinets privés. |

In Quebec, each administrative district offers a 24-hour, 7-day per week service for detained persons which can be reached by dialling a number to which long distance charges do not apply: Y. Lafontaine, "Pourquoi au juste?" (1992), 32 *Actif* 32, at pp. 35-36 and p. 38. With respect to the Yukon and the Northwest Territories, it is not possible to determine exactly the extent to which "Brydges duty counsel" is available to detainees. However, it appears that in the Yukon, or at least in Whitehorse, there may be an on-call lawyer available on weekends to give summary advice: Courts Program, Canadian Centre for Justice Statistics, "Legal Aid in Canada: Description of Legal Aid Operations", at p. 7.1.

The conclusion that can safely be drawn about the existence and availability of duty counsel services for detainees is that they exist in various forms throughout Canada, with the exception of at least part of Nova Scotia and of Prince Edward Island, where no formal after-hours service is available and the service that is available during business hours is contingent on eligibility for Legal Aid, and possibly the Northwest Territories and the Yukon, or at least the more remote parts of these two territories.

Where "Brydges duty counsel" exists, it does not appear to be a costly service to provide. According to the *P.R.A. Reports*, determining the precise cost of providing duty counsel services is difficult due to the variability in delivery systems across and within provinces and to the record-keeping methods which tend to be employed: *P.R.A. Summary Report*, at p. 41. However, I note that, in referring to Ontario's system of "Brydges duty counsel", one author has cited statistics showing that, between April 1, 1990 to October 31, 1990, 9,091 people were assisted by emergency duty counsel in Ontario at an average cost of \$11.69 per person: Kathryn Moore, "Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter

Au Québec, chaque district administratif offre sept jours par semaine et 24 heures par jour un service auquel les personnes détenues peuvent avoir accès en composant un numéro sans frais d'interurbain: Y. Lafontaine, «Pourquoi au juste?» (1992), 32 *Actif* 32, aux pp. 35 et 36, et à la p. 38. Pour ce qui est du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest, il n'est pas possible de déterminer avec précision dans quelle mesure les personnes détenues peuvent avoir accès à des «avocats de garde selon *Brydges*». Toutefois, il semble qu'au Yukon, ou du moins à Whitehorse, un avocat soit disponible sur appel les fins de semaine pour des consultations sommaires: Programme des tribunaux, Centre canadien de la statistique juridique, «*L'aide juridique au Canada: Description des opérations*», à la p. 7.1.

La conclusion que nous pouvons tirer sans risque de nous tromper au sujet de l'existence et de l'accessibilité de services d'avocats de garde à l'intention des personnes détenues est qu'ils existent sous diverses formes partout au Canada, à l'exception d'une partie du moins de la Nouvelle-Écosse, et de l'Île-du-Prince-Édouard où aucun service structuré n'est offert après les heures de bureau et où les services offerts pendant les heures de bureau dépendent de l'admissibilité de la personne à l'aide juridique, et, probablement, des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon, ou du moins des régions les plus éloignées de ces deux territoires.

Lorsqu'il existe des services d'«avocats de garde selon *Brydges*», ils ne semblent pas entraîner beaucoup de frais. Selon les *Rapports de P.R.A.*, il est difficile de déterminer avec précision le coût des services d'avocats de garde en raison des diverses formes sous lesquelles ils existent dans les provinces et des méthodes de comptabilisation qui sont employées: *Summary Report* de P.R.A., à la p. 41. Je signale toutefois qu'un auteur faisant référence au système d'«avocats de garde selon *Brydges*» de l'Ontario a cité des statistiques selon lesquelles, entre le 1^{er} avril et le 31 octobre 1990, 9 091 personnes ont eu recours aux services d'urgence des avocats de garde dans cette province, à un coût moyen de 11,69 \$ par personne: Kathryn

Decisions: An Empirical Study (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547, at p. 565. I would also simply note that there are some jurisdictions where the private bar assumes the cost of providing free duty counsel service outside regular business hours. In return, lawyers are allowed to retain as clients those who they originally served as duty counsel: *P.R.A. Technical Report*, p. 5.28. Neither the Attorney General of Nova Scotia and the respondent in the case at bar, nor the Attorney General of Prince Edward Island for the appellant in the related case of *Matheson*, have adduced any concrete evidence as to the cost of establishing a "Brydges duty counsel" service in their provinces.

In sum, then, I am satisfied that various systems of duty counsel are widely available to detainees in this country and that they need not be costly to set up and maintain. As well, I would note that an effective duty counsel service does not have to be an elaborate one. For instance, it need not consist of anything more than a basic service accessed by dialling a 1-800 (toll-free) number which provides free preliminary advice over the telephone, or the police providing up-to-date lists of lawyers, either from Legal Aid offices or from the private bar, who are prepared to serve as duty counsel at specific times (e.g., once the local Legal Aid office closes down for the day or the weekend).

(b) *The Question of Substantive Obligation Under Section 10(b)*

However, acknowledging the desirability from the point of view of fairness and administrative convenience of a system of preliminary legal advice universally available to all detainees upon request and free of charge, as well as recognizing its widespread availability across the country is far different from actually finding that there is a constitutionally entrenched obligation on governments to ensure that such a system exists. In the case at

Moore, «Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study» (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547, à la p. 565. Je voudrais également signaler que, dans certaines provinces, ce sont les avocats de cabinets privés qui assument les coûts des services d'avocats de garde après les heures de bureau. En échange, il leur est loisible de prendre comme clients les personnes qu'ils ont ainsi conseillées: *Technical Report* de P.R.A., à la p. 5.28. Ni le procureur général de la Nouvelle-Écosse, intimé en l'espèce, ni le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard au nom de l'appelant dans l'arrêt connexe *Matheson*, n'ont produit de preuve tangible quant au coût de la mise en place de services d'avocats de garde selon *Brydges* dans leurs provinces.

Somme toute, je suis convaincu que divers systèmes d'avocats de garde sont accessibles aux personnes détenues dans notre pays et qu'il n'est pas nécessaire d'investir des sommes énormes pour assurer leur mise en place et leur fonctionnement. De même, j'aimerais souligner qu'un service d'avocats de garde n'a pas à être compliqué pour être efficace. Par exemple, il peut s'agir d'un simple service accessible en composant (sans frais) un numéro 1-800 qui permet d'obtenir des conseils préliminaires sans frais par téléphone, ou il peut suffire que les services de police fournissent une liste récente des avocats, qu'ils travaillent aux bureaux de l'aide juridique ou qu'ils soient membres de cabinets privés, qui sont disposés à assurer les services d'avocats de garde à certains moments précis (p. ex., une fois que les bureaux de l'aide juridique sont fermés pour la journée ou pour la fin de semaine).

(b) *Obligation positive en vertu de l'al. 10b)*

Toutefois, reconnaître les avantages que présente, du point de vue de l'équité et de l'efficacité administrative, un système de conseils juridiques préliminaires accessible sur demande et sans frais à toutes les personnes détenues et en constater la grande disponibilité à l'échelle du pays est une tout autre chose que de conclure à l'existence d'une obligation constitutionnelle en vertu de laquelle les gouvernements seraient tenus d'établir un tel sys-

bar from Nova Scotia and the related case of *Matheson* from Prince Edward Island, the immediate, albeit temporary, free legal advice described in *Brydges* was not available to the two accused. As a result, it is now necessary to consider whether s. 10(b) imposes a positive constitutional obligation on governments to ensure that detainees have access to summary legal advice upon request, irrespective of financial status. To be absolutely clear, the issue of whether the Charter guarantees a right to state-funded counsel at trial and on appeal does not arise here.

I am of the view that it is neither appropriate nor necessary for this Court to find that s. 10(b) of the *Charter* imposes on governments a substantive obligation to ensure that “*Brydges* duty counsel” is available to detainees, or likewise, that it provides all detainees with a corresponding right to such counsel. Several factors lead me to this conclusion.

First, it is clear that s. 10(b) of the *Charter* does not, in express terms, constitutionalize the right to free and immediate legal advice upon detention. The right to retain and instruct counsel and to be informed of that right, or in French the right to “*l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit*” is simply not the same thing as a universal right to free, 24-hour preliminary legal advice. Moreover, there is evidence which shows that the framers of the *Charter* consciously chose not to constitutionalize a right to state-funded counsel under s. 10 of the *Charter*: *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (January 27, 1981). Specifically, a proposed amendment, which would have added the following clause to what is now s. 10 of the *Charter* was considered and rejected (p. 46:127):

tème. Dans la présente espèce, qui émane de la Nouvelle-Écosse, comme dans l’affaire connexe de *Matheson*, de l’Île-du-Prince-Édouard, les conseils juridiques gratuits immédiats, mais temporaires, décrits dans l’arrêt *Brydges*, n’étaient pas disponibles pour les deux accusés. Par conséquent, il faut maintenant déterminer si l’al. 10b) impose aux gouvernements l’obligation constitutionnelle positive de faire en sorte que les personnes détenues puissent avoir accès à des conseils juridiques sommaires sur demande, sans égard à leurs ressources financières. Pour éviter toute ambiguïté, précisons qu’il ne s’agit pas ici de se demander si la Charte garantit le droit à l’assistance d’un avocat rémunéré par l’État à l’étape du procès et de l’appel.

J’estime qu’il n’est ni opportun ni nécessaire que notre Cour conclue que l’al. 10b) de la *Charte* impose aux gouvernements une obligation positive d’assurer aux personnes détenues la disponibilité de services d’«avocats de garde selon *Brydges*», ou encore qu’il accorde à toutes les personnes détenues un droit analogue à de tels services. Plusieurs facteurs m’amènent à cette conclusion.

En premier lieu, il est clair que l’al. 10b) de la *Charte* ne constitutionalise pas expressément le droit à des conseils juridiques gratuits et immédiats au moment de la mise en détention. Le droit «d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit», ou, dans le texte anglais, «*to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right*» ne constitue tout simplement pas la même chose qu’un droit universel à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour. En outre, des éléments de preuve montrent que les rédacteurs de la *Charte* ont intentionnellement choisi de ne pas constitutionaliser un droit à des services d’avocats rémunérés par l’État sous le régime de l’art. 10 de la *Charte*: *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (27 janvier 1981). Plus précisément, le Comité a examiné puis rejeté un projet de modification qui aurait ajouté la disposition suivante à ce qui est maintenant l’art. 10 de la *Charte* (p. 46:127):

(d) if without sufficient means to pay for counsel and if the interests of justice so require, to be provided with counsel;

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, I stated for the majority that while these Minutes are admissible as extrinsic aids to the interpretation of *Charter* provisions, they should not be given "too much weight". However, it must be borne in mind that the Minutes at issue in the *Re B.C. Motor Vehicle Act* recorded the views of civil servants on the meaning that should be given to the words "the principles of fundamental justice" found in s. 7 of the *Charter*, a task for which the courts are far better qualified.

The situation here is quite different: at issue is a specific clause which was proposed, considered and rejected by our elected representatives. In my opinion, it would be imprudent for this Court not to attribute any significance to the fact that this clause was not adopted. In light of the language of s. 10 of the *Charter*, which on its face does not guarantee any substantive right to legal advice, and the legislative history of s. 10, which reveals that the framers of the *Charter* decided not to incorporate into s. 10 even a relatively limited substantive right to legal assistance (i.e., for those "without sufficient means" and "if the interests of justice so require"), it would be a very big step for this Court to interpret the *Charter* in a manner which imposes a positive constitutional obligation on governments. The fact that such an obligation would almost certainly interfere with governments' allocation of limited resources by requiring them to expend public funds on the provision of a service is, I might add, a further consideration which weighs against this interpretation.

Second, if this Court were to hold that there is, under the *Charter*, an obligation on governments to make available "Brydges duty counsel" to all detainees, and that any provincial or territorial

d) d'avoir l'assistance d'un avocat s'il n'a pas de moyens suffisants et si l'intérêt de la justice l'exige;

^a Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, j'ai dit au nom de la majorité que, même si ces procès-verbaux sont admissibles comme moyens externes d'aider à l'interprétation des dispositions de la *Charte*, on ne doit pas leur accorder «trop d'importance». Il faut toutefois se rappeler que les procès-verbaux en cause dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* rapportaient les points de vue de fonctionnaires sur le sens à donner à l'expression «les principes de justice fondamentale» qui figure à l'art. 7 de la *Charte*, tâche pour laquelle les tribunaux sont beaucoup mieux qualifiés.

^d La situation en l'espèce est tout à fait différente: il s'agit d'une disposition particulière qui a été proposée, examinée, puis rejetée par nos représentants élus. À mon avis, il serait imprudent de n'accorder aucune importance au fait que cette disposition n'a pas été adoptée. Compte tenu de la formulation de l'art. 10 de la *Charte*, qui à première vue ne garantit aucun droit substantiel à des conseils juridiques, et de l'historique législatif de l'art. 10, qui révèle que les rédacteurs de la *Charte* ont choisi de ne pas y incorporer un droit substantiel à l'assistance d'un avocat même relativement limité (c'est-à-dire pour ceux qui n'ont «pas de moyens suffisants et si l'intérêt de la justice l'exige»), notre Cour franchirait un grand pas si elle interprétait la *Charte* d'une façon qui impose une obligation constitutionnelle positive aux gouvernements. Le fait qu'une telle obligation risque presque certainement d'entrer en conflit avec la répartition des ressources limitées des gouvernements en obligeant ces derniers à affecter des fonds publics à la prestation d'un service constitue, devrais-je ajouter, une considération supplémentaire à l'encontre de cette interprétation.

En deuxième lieu, si notre Cour devait conclure qu'il existe, sous le régime de la *Charte*, une obligation en vertu de laquelle les gouvernements doivent fournir les services d'«avocats de garde selon

government (the level of government in charge of the administration of legal aid and duty counsel services) which fails to do so violates the s. 10(b) rights of detainees, the implications would be far-reaching. In effect, this Court would be saying that a province must have a duty counsel system in place. In provinces and territories where no duty counsel system exists, the logical implication would be that all arrests and detentions are *prima facie* unconstitutional. Moreover, devising an appropriate remedy under circumstances in which a government was found to be in breach of its constitutional obligation for failure to provide duty counsel would prove very difficult. Unless absolutely necessary to protect the *Charter* rights of individuals, I believe that a holding with implications of this magnitude should be avoided.

Fortunately, there is an alternative solution which avoids the problems and complications associated with finding that s. 10(b) imposes a substantive constitutional obligation on governments to make available “*Brydges* duty counsel” to all detainees, and which sufficiently protects the *Charter* rights and freedoms of detainees. This alternative, which I shall refer to as the obligation on police to “hold off” until a detainee has been given a reasonable opportunity to contact counsel, is fully consistent with the existing s. 10(b) jurisprudence of this Court. While this alternative may not be ideal from the Crown’s perspective, and especially in terms of concerns it may have for administrative and evidentiary expediency, this is a trade-off that governments which persist in refusing to implement a “*Brydges* duty counsel” system, for whatever reason, will have to endure and accept.

Brydges» à toutes les personnes détenues, et que tout gouvernement provincial ou territorial (le palier de gouvernement responsable de l’administration de l’aide juridique et des services d’avocats de garde) qui manque à cette obligation viole les droits que l’al. 10b) garantit aux personnes détenues, il en résulterait des conséquences d’une portée considérable. En fait, notre Cour dirait ainsi que pour être habilitée à procéder à des arrestations et à des détentions, une province devrait avoir établi un système d’avocats de garde. La conclusion logique d’une telle façon de voir serait que dans les provinces et les territoires dépourvus d’un tel système, toutes les arrestations et les détentions seraient à première vue inconstitutionnelles. Il serait en outre très difficile d’établir la réparation qui devrait s’appliquer lorsqu’un gouvernement ne s’est pas acquitté de son obligation constitutionnelle en ne fournissant pas les services d’avocats de garde. Sauf si cela était absolument nécessaire pour assurer la protection des droits de la personne garantis par la *Charte*, je crois qu’on devrait éviter de rendre une décision qui aurait des conséquences aussi graves.

Il existe heureusement une autre solution qui permet d’éviter les problèmes et les complications qui résulteraient d’une conclusion portant que l’al. 10b) impose aux gouvernements une obligation constitutionnelle positive d’offrir à toutes les personnes détenues des services d’«avocats de garde selon *Brydges*», et qui protège suffisamment les droits et les libertés que la *Charte* leur garantit. Cette solution de rechange, que je décrirai comme l’obligation faite aux policiers de surseoir à toute mesure jusqu’à ce que la personne détenue ait eu une possibilité raisonnable de recourir à l’assistance d’un avocat, correspond en tous points à la jurisprudence actuelle de notre Cour au sujet de l’al. 10b). Si cette solution n’est pas idéale du point de vue du ministère public, en particulier en ce qui a trait à la recherche d’efficacité en matière d’administration et de preuve, elle n’en constitue pas moins un compromis que devront endurer et accepter les gouvernements qui, pour diverses raisons, persistent à refuser d’instaurer un système de services d’«avocats de garde selon *Brydges*».

(c) *The Obligation to Hold Off*

As this Court has stated on a number of occasions, s. 10(b) imposes both informational and implementational duties on state authorities who arrest or detain a person. (See *Bartle*, at pp. 192-94; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1241-42; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 890; *Brydges*, at pp. 203-4.) Once a detainee has indicated a desire to exercise his or her right to counsel, the state is required to provide him or her with a reasonable opportunity in which to do so. In addition, state agents must refrain from eliciting incriminatory evidence from the detainee until he or she has had a reasonable opportunity to reach counsel. As the majority indicated in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 12, once a detainee asserts his or her right to counsel, the police cannot in any way compel him or her 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 other words, the police are obliged to "hold off" from attempting to elicit incriminatory evidence from the detainee until he or she has had a reasonable opportunity to reach counsel.

In my view, what constitutes a "reasonable opportunity" will depend on all the surrounding circumstances. These circumstances will include the availability of duty counsel services in the jurisdiction where the detention takes place. As the majority in *Brydges* suggested (at p. 216), the existence of duty counsel services may affect what constitutes "reasonable diligence" of a detainee in pursuing the right to counsel, which will in turn affect the length the period during which the state authorities' s. 10(b) implementational duties will require them to "hold off" from trying to elicit incriminatory evidence from the detainee. The non-existence of such services will also affect the determination of what, under the circumstances, is a "reasonable opportunity" to consult counsel. The

c) *Obligation de surseoir à l'enquête*

Comme notre Cour l'a mentionné à maintes reprises, l'al. 10b) impose aux autorités qui arrêtent une personne ou la placent en détention des obligations en matière d'information et en matière de mise en application. (Voir les arrêts *Bartle*, aux pp. 192 à 194; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1241 et 1242; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 890; *Brydges*, aux pp. 203 et 204.) Une fois qu'une personne détenue a exprimé le désir d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat, l'État est tenu de lui fournir une possibilité raisonnable de le faire. En outre, les agents de l'État doivent s'abstenir de soutirer des éléments de preuve incriminants au détenu jusqu'à ce que celui-ci ait eu une possibilité raisonnable de joindre un avocat. Comme notre Cour à la majorité l'a dit dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, à la p. 12, dès qu'une personne détenue fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, les policiers ne peuvent en aucune façon, jusqu'à ce qu'elle ait eu une possibilité raisonnable d'exercer ce droit, la forcer à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès. En d'autres termes, jusqu'à ce que cette personne ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat, la police est obligée de «surseoir» à toute mesure ayant pour objet de lui soutirer des éléments de preuve de nature incriminante.

À mon avis, ce qui constitue une «possibilité raisonnable» dépendra des circonstances de chaque espèce. Ces circonstances comprennent l'existence de services d'avocats de garde dans le ressort où la personne est placée en détention. Comme notre Cour à la majorité l'a affirmé dans l'arrêt *Brydges* (à la p. 216), l'existence de services d'avocats de garde peut avoir des conséquences sur ce qui constitue, pour une personne détenue, une «diligence raisonnable» à se prévaloir du droit à l'assistance d'un avocat, ce qui influera ensuite sur la durée de la période pendant laquelle les autorités de l'État sont, en vertu des obligations de mise en application visées à l'al. 10b), tenues de «surseoir» à toute mesure pour soutirer à cette personne des éléments de preuve incriminants. L'absence de tels services

absence of duty counsel in a jurisdiction does not give persons detained there more rights under s. 10(b) than those who are detained in jurisdictions which have duty counsel. It does, however, serve to extend the period in which a detainee will have been found to have been duly diligent in exercising his or her right to counsel. Similarly, if duty counsel exists but is simply unavailable at the time of detention, the "reasonable opportunity" given to detainees to contact counsel will have to reflect this fact.

influera également sur l'évaluation de ce qui, dans les circonstances, constitue une «possibilité raisonnable» de consulter un avocat. L'absence de services d'avocats de garde dans une province ou un territoire ne donnera pas plus de droits, en vertu de l'al. 10b), que ceux dont disposent les personnes détenues dans une province ou un territoire où de tels services existent. Cependant, cette absence servira à étendre la période pendant laquelle une personne détenue peut prétendre avec succès avoir été diligente dans l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat. De même, si un service d'avocats de garde est établi mais qu'il n'est tout simplement pas disponible au moment de la détention, on devra alors tenir compte de ce fait pour déterminer la «possibilité raisonnable» de communiquer avec un avocat accordée à la personne détenue.

In a situation such as the one in this case, where duty counsel services are available during regular office hours (although only to those eligible for legal aid) and a detainee expresses a desire to contact counsel and is duly diligent in exercising that right, but is prevented from doing so due to institutional factors beyond his or her control, s. 10(b) requires that the police hold off from trying to elicit incriminatory evidence from the detainee until he or she has had a reasonable opportunity to reach counsel. Similarly, the "reasonable opportunity" provided to detainees in jurisdictions lacking duty counsel might extend to when the local Legal Aid office opens, when a private lawyer willing to provide free summary advice can be reached, or when the detainee is brought before a justice of the peace for bail purposes and his or her needs can be properly assessed and accommodated. In determining what is a reasonable opportunity, the fact that the evidence may cease to be available as a result of a long delay is a factor to be considered.

Dans une situation comme celle de l'espèce, où des services d'avocats de garde sont disponibles durant les heures de bureau (même s'ils ne sont offerts qu'aux personnes qui peuvent se prévaloir de l'aide juridique) et où une personne détenue exprime le désir d'entrer en communication avec un avocat et fait preuve de diligence dans l'exercice de ce droit, mais en est empêchée en raison de facteurs institutionnels indépendants de sa volonté, l'al. 10b) exige que la police sursoie aux mesures visant à lui soutirer des éléments de preuve de nature incriminante, jusqu'à ce que la personne ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. De même, la «possibilité raisonnable» accordée aux personnes détenues dans les provinces et territoires qui ne disposent pas de services d'avocats de garde pourrait s'étendre jusqu'à l'ouverture du bureau local de l'aide juridique, jusqu'à l'établissement de la communication avec un avocat de cabinet privé qui accepte de donner sans frais des conseils sommaires, ou jusqu'à la comparution de la personne détenue devant un juge de paix qui, à l'occasion d'une demande de mise en liberté sous caution, sera en mesure d'évaluer adéquatement ses besoins et d'y répondre. Pour déterminer ce qui constitue une possibilité raisonnable, le fait qu'un long délai puisse entraîner l'impossibilité d'obtenir la preuve est un facteur à prendre en considération.

The holding-off requirement described above flows logically from the two implementation duties. I am also satisfied that making the police hold off from trying to elicit incriminatory evidence from a detainee in jurisdictions where no duty counsel is available at the time of request, and where the detainee has been sufficiently diligent upon being informed of the right to counsel to trigger and sustain his or her ensuing rights under s. 10(b), is consistent with the underlying purposes of s. 10(b).

It is now well accepted that s. 10(b) serves to protect the privilege against self-incrimination, a basic tenet of our criminal justice system which has been recognized by members of this Court to be a "principle of fundamental justice" under s. 7 of the *Charter*: *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, and *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229. In *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77, the relationship between s. 10(b) and the right to silence was acknowledged by the majority, at p. 176:

The first *Charter* right of importance in defining the scope of the right to silence under s. 7 of the *Charter* at the pre-trial stage is the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

The scheme under the *Charter* to protect the accused's pre-trial right to silence may be described as follows. Section 7 confers on the detained person the right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent. Section 10(b) requires that he be advised of his right to consult counsel and permitted to do so without delay.

The most important function of legal advice upon detention is to ensure that the accused understands his rights, chief among which is his right to silence. The detained suspect, potentially at a disadvantage in relation to the informed and sophisticated powers at the disposal of the state, is entitled to rectify the disadvantage by speaking to legal counsel at the outset, so that he is aware of his right not to speak to the police and obtains appropriate advice with respect to the choice he faces.

L'obligation de sursis décrite ci-dessus découle logiquement des deux obligations de mise en application. Je suis également convaincu que s'harmonise avec les objets sous-jacents de l'al. 10b) l'obligation faite à la police de surseoir à toute mesure pour soutirer des éléments de preuve de nature incriminante à une personne détenue dans les provinces et territoires où il n'y a pas de services d'avocats de garde disponibles au moment de la demande, et où la personne a fait preuve de suffisamment de diligence dès le moment où elle a été informée de son droit à l'assistance d'un avocat pour engager et maintenir ses droits sous le régime de l'al. 10b).

Il est maintenant généralement accepté que l'al. 10b) sert à protéger le privilège de ne pas s'incriminer, un précepte fondamental de notre système de justice criminelle que des membres de notre Cour ont reconnu comme «principe de justice fondamentale» sous le régime de l'art. 7 de la *Charte*: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555 et *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229. Dans l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 176 et 177, la relation entre l'al. 10b) et le droit de garder le silence a été reconnue par la majorité, à la p. 176:

Le premier droit d'importance reconnu par la *Charte* dans la définition de la portée du droit qu'a une personne, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, de garder le silence avant la tenue du procès est le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) de la *Charte*.

Le régime de la *Charte* pour ce qui est de protéger le droit de l'accusé de garder le silence avant le procès peut être décrit de la façon suivante. L'article 7 confère à la personne détenue le droit de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. L'alinéa 10b) exige qu'elle soit avisée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse y avoir recours sans délai.

La fonction la plus importante de l'avis juridique au moment de la détention est d'assurer que l'accusé comprenne quels sont ses droits dont le principal est le droit de garder le silence. Le suspect détenu, exposé à se trouver en situation défavorable par rapport aux pouvoirs éclairés et sophistiqués dont dispose l'État, a le droit de rectifier cette situation défavorable en consultant un avocat dès le début afin d'être avisé de son droit de ne pas parler aux policiers et d'obtenir les conseils appro-

1994 CanLII 65 (SCC)

Read together, ss. 7 and 10(b) confirm the right to silence in s. 7 and shed light on its nature.

This point was confirmed in *Brydges*, where the majority held at p. 206 that:

A detainee is advised of the right to retain and instruct counsel without delay because it is upon arrest or detention that an accused is in immediate need of legal advice. [Emphasis in original.] As I stated in *Manninen*, *supra*, at p. 1243, one of the main functions of counsel at this early stage of detention is to confirm the existence of the right to remain silent and to advise the detainee about how to exercise that right. It is not always the case that immediately upon detention an accused will be concerned about retaining the lawyer that will eventually represent him at a trial, if there is one. Rather, one of the important reasons for retaining legal advice without delay upon being detained is linked to the protection of the right against self-incrimination. This is precisely the reason that there is a duty on the police to cease questioning the detainee until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. [Emphasis added.]

Making the police hold off in situations where a detainee has been reasonably diligent in exercising his or her right to counsel, including where appropriate trying to reach a private lawyer, and where “*Brydges* duty counsel” is not available would accommodate a detainee’s privilege against self-incrimination. The police investigation with respect to evidence in the construction of which a detainee must necessarily participate (e.g., confessions, identification evidence, and breath and blood samples) would have to be held in abeyance until such reasonable time as a detainee is able to make contact with a private lawyer or whatever duty counsel service is in existence in the jurisdiction.

With respect to the liberty interests of detainees, it should be remembered that s. 10(b) of the *Charter* is triggered by an act of “detention” (which includes arrest) by the state. That is, the duty on state agents to inform individuals of their right to

priés quant au choix qu’il doit faire. Pris ensemble, l’art. 7 et l’al. 10b) confirment le droit de garder le silence reconnu à l’art. 7 et nous éclairent sur sa nature.

a Ce point a été confirmé dans l’arrêt *Brydges*, où la majorité a déclaré, à la p. 206:

b Une personne détenue est informée de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat parce que c’est en cas d’arrestation ou de détention qu’un accusé a immédiatement besoin de conseils juridiques. [Souligné dans l’original.] Ainsi que je l’ai dit dans l’arrêt *Manninen*, précité, à la p. 1243, une des fonctions principales de l’avocat, à cette étape initiale de la détention, est de confirmer l’existence du droit de garder le silence, puis de conseiller la personne détenue sur la manière de l’exercer. Il n’arrive pas toujours qu’un accusé se soucie, dès qu’il est placé en détention, de retenir les services de l’avocat qui le représentera éventuellement à son procès, si procès il y a. L’une des raisons majeures d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat après avoir été placé en détention tient plutôt à la protection du droit de ne pas s’incriminer. C’est précisément la raison pour laquelle les policiers ont l’obligation de cesser de questionner la personne détenue jusqu’à ce qu’elle ait eu une possibilité raisonnable d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. [Je souligne.]

f Obliger la police à surseoir à tout interrogatoire lorsqu’une personne détenue a été raisonnablement diligente dans l’exercice de son droit à l’assistance d’un avocat, y compris, s’il y a lieu, en tentant de communiquer avec un avocat d’un cabinet privé, et lorsque les services d’«avocats de garde selon *Brydges*» ne sont pas disponibles, respecterait le privilège de cette personne de ne pas s’incriminer. L’enquête policière permettant de recueillir des éléments de preuve à laquelle une personne détenue doit nécessairement participer (notamment par des aveux, par des preuves d’identité et par des échantillons d’haleine ou de sang) devrait être reportée pour une période raisonnable afin de lui permettre de communiquer avec un avocat d’un cabinet privé ou avec un service d’avocats de garde établi dans la province ou le territoire.

j En ce qui a trait aux droits à la liberté des personnes détenues, il faut se rappeler que le droit garanti à l’al. 10b) de la *Charte* prend naissance par suite d’un acte de «détention» (qui comprend l’arrestation) de la part de l’État. Cela signifie que

1994 CanLII 65 (SCC)

counsel does not arise until a person has been "detained" within the meaning of s. 10. As this Court explained in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, *per* Le Dain J., at pp. 641-42, detention involves some form of coercion or compulsion by the state which results in a deprivation of liberty. The physical constraint (or psychological perception of such constraint) which exists upon detention means that an individual loses his or her freedom of movement and, potentially at least, his or her access to services, including legal assistance, available in the wider community. Accordingly, it is clear that one of the purposes of the right to counsel under s. 10(b) is to safeguard the liberty interests of detainees, which are constitutionally protected under s. 7 of the *Charter*, and to assist detainees in regaining their freedom.

While it is true that detainees continue to be deprived of their freedom while the police hold off and they wait to be able to contact counsel, I am satisfied that any deprivation of liberty in these circumstances would be minimal and in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. I would further note that the bail provisions under the *Code* lay down a strict procedural code dealing with detention in custody and with release. For example, s. 503(1)(a) of the *Code* ensures that a person who is detained is brought before a justice "to be dealt with according to law . . . without unreasonable delay" (emphasis added). Moreover, any delay which is considered excessive can be challenged under s. 9 of the *Charter*, which protects against arbitrary detention or imprisonment.

In sum, then, I find that s. 10(b) does not impose a positive obligation on governments to ensure that free, preliminary legal advice is available on a 24-hour, on-call basis. However, s. 10(b) does require, in situations where a detainee has asserted his or her right to counsel and been duly diligent in

l'obligation des agents de l'État d'informer les personnes de leur droit à l'assistance d'un avocat ne prend pas effet tant que la personne n'a pas été «détenue» au sens de l'art. 10. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain, aux pp. 641 et 642, la détention suppose de la part de l'État une certaine forme de coercition ou de contrainte qui entraîne une privation de liberté. La contrainte physique (ou la perception psychologique qu'il peut y en avoir) qui existe au moment de la détention signifie que la personne perd sa liberté de mouvement et, tout au moins potentiellement, son accès aux services, notamment à l'assistance d'un avocat, qui sont disponibles au sein de la société en général. Par conséquent, il est clair que l'un des objets visés par le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) est la sauvegarde du droit à la liberté des personnes détenues, qui est constitutionnellement protégé en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, et l'aide au recouvrement de la liberté.

Tout en reconnaissant que les personnes détenues continuent à être privées de leur liberté pendant que la police sursoit à l'enquête et qu'elles tentent d'entrer en communication avec un avocat, je suis convaincu que toute perte de liberté dans de telles circonstances serait minime et respecterait les principes de justice fondamentale selon l'art. 7 de la *Charte*. Je ferais observer en outre que les dispositions relatives à la mise en liberté sous caution prévues dans le *Code* établissent un code de procédure strict portant sur la détention sous garde et sur la mise en liberté. À titre indicatif, l'al. 503(1)a) du *Code* prévoit qu'une personne qui est détenue doit être conduite devant un juge de paix «pour qu'elle soit traitée selon la loi [. . .] sans retard injustifié» (je souligne). En outre, tout retard qui est considéré excessif peut être contesté en invoquant l'art. 9 de la *Charte*, qui protège contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

En somme, je conclus que l'al. 10b) n'impose pas aux gouvernements une obligation positive de faire en sorte qu'il soit possible d'obtenir des conseils juridiques préliminaires gratuits sur appel, 24 heures par jour. Cependant, dans les cas où la personne détenue a manifesté sa volonté de se préva-

exercising it, that the police hold off in order to provide the detainee with a reasonable opportunity to contact counsel. It must also be noted that, although there is no constitutional obligation on governments to provide duty counsel services, the nonexistence or unavailability of such services could, in some circumstances which I need not speculate on, give rise to issues of fair trial. Thus, in those situations, the state runs the risk of having evidence excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

In circumstances where a detainee has asserted his or her right to counsel and has been reasonably diligent in exercising it, yet has been unable to reach a lawyer because duty counsel is unavailable at the time of detention, courts must ensure that the *Charter*-protected right to counsel is not too easily waived. Indeed, I find that an additional informational obligation on police will be triggered once a detainee, who has previously asserted the right to counsel, indicates that he or she has changed his or her mind and no longer wants legal advice. At this point, police will be required to tell the detainee of his or her right to a reasonable opportunity to contact a lawyer and of the obligation on the part of the police during this time not to take any statements or require the detainee to participate in any potentially incriminating process until he or she has had that reasonable opportunity. This additional informational requirement on police ensures that a detainee who persists in wanting to waive the right to counsel will know what it is that he or she is actually giving up.

Given the importance of the right to counsel, I would also say with respect to waiver that once a detainee asserts the right there must be a clear indication that he or she has changed his or her mind,

loir de son droit à l'assistance d'un avocat et où elle a fait preuve de diligence dans l'exercice de ce droit, l'al. 10b) exige que la police sursoie à l'enquête afin de lui donner une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. Il y a également lieu de signaler que, bien que les gouvernements n'aient aucune obligation constitutionnelle de fournir des services d'avocats de garde, l'absence de tels services ou l'impossibilité de s'en prévaloir pourrait, dans certaines circonstances sur lesquelles je n'ai pas à conjecturer, soulever des questions d'équité du procès. L'État court alors le risque de voir un élément de preuve exclu en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Dans les cas où la personne détenue a manifesté sa volonté de se prévaloir de son droit à l'assistance d'un avocat et où elle a été raisonnablement diligente dans l'exercice de ce droit sans pour autant réussir à joindre un avocat parce qu'aucun avocat de garde n'était disponible au moment de la détention, les tribunaux doivent s'assurer qu'on n'a pas conclu trop facilement à la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*. En fait, j'estime qu'il y aura naissance d'une obligation d'information supplémentaire de la part de la police dès que la personne détenue, qui a déjà manifesté son intention de se prévaloir de son droit à l'assistance d'un avocat, indique qu'elle a changé d'avis et qu'elle ne désire plus obtenir de conseils juridiques. À ce moment, la police sera tenue de l'informer de son droit d'avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et de l'obligation de la police, au cours de cette période, de s'abstenir, tant que la personne n'aura pas eu cette possibilité raisonnable de prendre toute déposition ou d'exiger qu'elle participe à quelque processus qui pourrait éventuellement être incriminant. Grâce à cette exigence supplémentaire en matière d'information imposée à la police, la personne détenue qui maintient qu'elle veut renoncer à son droit à l'assistance d'un avocat saura ce à quoi elle renonce.

Compte tenu de l'importance du droit à l'assistance d'un avocat, j'ajouterais à l'égard de la renonciation que, dès lors qu'une personne détenue a fait valoir son droit, il faut qu'elle donne par la

and the burden of establishing an unequivocal waiver will be on the Crown: *Ross*, at pp. 11-12. Further, the waiver must be free and voluntary and it must not be the product of either direct or indirect compulsion. This Court has indicated on numerous occasions that the standard required for an effective waiver of the right to counsel is very high: *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, *Manninen*, and *Evans*. As I said in *Bartle*, at pp. 192-94 and 206, a person who waives a right must know what he or she is giving up if the waiver is to be valid. That being said, it stands to reason that the right to counsel guaranteed under s. 10(b) must not be turned into an obligation on detainees to seek the advice of a lawyer.

Finally, I wish to point out that there may be compelling and urgent circumstances in which, despite a detainee's being unable to contact a lawyer due to the unavailability of a "Brydges duty counsel" system, police will not be required under s. 10(b) to hold off. However, in the context of impaired driving cases, I am satisfied that the existence of the two-hour evidentiary presumption available to the Crown under s. 258(1)(c)(ii) of the *Code* does not, by itself, constitute such a compelling or urgent circumstance. "Urgency" of the kind referred to by this Court in cases such as *Manninen*, *supra*, and *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, is not created by mere investigatory and evidentiary expediency in circumstances where duty counsel is unavailable to detainees who have asserted their desire to contact a lawyer and been duly diligent in exercising their s. 10(b) rights. A detainee's *Charter*-guaranteed right to counsel must take precedence over the statutory right afforded to the Crown which allows it to rely on an evidentiary presumption about what a breathalyser reading would have been at the time of care and control of a vehicle. Loss of the benefit of this presumption is simply one of the prices which has to be paid by governments which refuse to ensure that a system of "Brydges duty counsel" is available to give detainees free, preliminary legal advice on an on-call, 24-hour basis. In the circumstances

suite une indication claire qu'elle a changé d'avis, et il appartiendra au ministère public d'établir qu'elle y a clairement renoncé: *Ross*, aux pp. 11 et 12. En outre, la renonciation doit être libre et volontaire et elle ne doit pas avoir été donnée sous la contrainte, directe ou indirecte. Notre Cour a indiqué à maintes reprises que la norme requise pour établir l'existence d'une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat est très stricte: *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, *Manninen*, et *Evans*. Comme je le dis dans l'arrêt *Bartle*, aux pp. 192 à 194 et 206, la personne qui renonce à un droit doit savoir ce à quoi elle renonce pour que la renonciation soit valide. Cela dit, il va de soi que le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) ne doit pas se transformer en obligation pour les personnes détenues de demander l'assistance d'un avocat.

Enfin, je soulignerai qu'il peut y avoir des circonstances pressantes et urgentes où, même si la personne détenue est dans l'impossibilité de communiquer avec un avocat parce qu'il n'existe pas de système d'«avocats de garde selon *Brydges*», la police ne sera pas tenue de surseoir en vertu de l'al. 10b). Toutefois, lorsqu'il s'agit d'affaires de conduite avec facultés affaiblies, je suis convaincu que l'existence d'une présomption en matière de preuve à l'égard des échantillons pris dans les deux heures que peut invoquer le ministère public en vertu du sous-al. 258(1)c)(ii) du *Code* ne constitue pas en soi une circonstance pressante ou urgente. Une «urgence» comme celle qui est visée par notre Cour dans des arrêts comme *Manninen*, précité, et *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, ne naît pas de la seule recherche d'efficience en matière d'enquête et d'établissement de la preuve dans des circonstances où des services d'avocats de garde ne sont pas accessibles aux personnes détenues qui ont manifesté leur volonté de communiquer avec un avocat et qui ont fait preuve de diligence dans l'exercice des droits que leur garantit l'al. 10b). Le droit à l'assistance d'un avocat que la *Charte* garantit à toute personne détenue doit avoir préséance sur le droit d'origine législative qui permet au ministère public de se fonder sur une présomption en matière de preuve pour établir le degré d'alcoolémie qui aurait été décelé par l'alcootest si

presented in this case it is neither necessary nor appropriate to consider s. 1 of the *Charter*. However, if, for example, a section of the *Code* was to be enacted which required a person to take a breathalyser test within a fixed time whether or not a lawyer had been consulted, then a court might well be required to consider, depending on the time allotted amongst other factors, whether such a provision could be justified under s. 1 of the *Charter*.

I would also note as an aside that where the Crown is unable to rely on the presumption under s. 258(1)(c)(ii) of the *Code* due to the unavailability of duty counsel, the Crown can still try and prove the "over 80" breathalyser charge by adducing expert evidence which seeks to relate later and lower test results back to the blood-alcohol level at the time of the offence: see, e.g., *R. v. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38 (Ont. C.A.). As this Court said clearly in *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663, where it considered the breathalyser scheme under the *Code*, evidence obtained more than two hours after the alleged offence is still admissible.

It may be that on some occasions a detainee's reasonable opportunity to contact counsel, and the corresponding holding-off period, will extend to the point at which it is no longer possible to obtain breathalyser readings that can be accurately extrapolated backwards to provide information about the accused blood alcohol level at the time of the alleged offence. The question of whether or not the imminent loss of the chance to obtain any mean-

celui-ci avait été administré au moment de la garde et du contrôle du véhicule. L'impossibilité d'invoquer cette présomption constitue tout simplement une partie du prix qu'ont à payer les gouvernements qui refusent d'assurer l'existence d'un service d'«avocats de garde selon *Brydges*» permettant de fournir aux personnes détenues des conseils juridiques préliminaires gratuits sur demande, 24 heures par jour. Dans les circonstances de l'espèce, il n'est ni nécessaire ni opportun de prendre en considération l'article premier de la *Charte*. Toutefois, si, par exemple, on adoptait un article du *Code* qui obligerait un personne à subir un alcool-test dans une période donnée, qu'un avocat ait été consulté ou non, alors il se pourrait fort bien qu'un tribunal ait à déterminer, selon, entre autres facteurs, la période fixée, si une telle disposition serait justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Je voudrais aussi faire remarquer en passant que lorsque le ministère public ne peut se fonder sur la présomption prévue au sous-al. 258(1)(c)(ii) du *Code* en raison de l'absence de services d'avocats de garde, il lui est néanmoins toujours loisible d'étayer l'accusation de conduite avec une alcoolémie «de plus de 80 mg» par un témoignage d'expert qui cherche à établir un lien entre une lecture subséquente inférieure et l'alcoolémie au moment de l'infraction: voir, par exemple, *R. c. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38 (C.A. Ont.). Ainsi que l'a clairement affirmé notre Cour dans l'arrêt *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663, dans lequel elle a examiné le régime d'éthylométrie prévu dans le *Code*, des éléments de preuve obtenus plus de deux heures après le moment où l'infraction aurait été commise sont toujours admissibles.

Il se peut que, dans certains cas, la possibilité raisonnable qu'il faut donner à une personne détenue de communiquer avec un avocat et la période de sursis correspondante qui doit lui être accordée à cette fin, s'étendent au point qu'il ne sera peut-être plus possible d'obtenir des lectures d'alcool-test susceptibles d'être extrapolées avec exactitude pour obtenir des renseignements sur l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction reprochée.

ingful breathalyser data might constitute an "urgent circumstance" sufficient to curtail the holding-off period does not arise on facts of this appeal. In the case at bar, breathalyser readings were obtained roughly an hour after the appellant was detained, well before any sense of urgency connected to the loss of the opportunity to obtain useful breathalyser data would have developed. It is, therefore, unnecessary to decide in this case whether, under different circumstances, the prospect of the loss of all opportunity to obtain breathalyser data might justify abridging the holding-off period. Moreover, this question could not, in my view, be decided without considering the statutory provisions upon which the police's ability to obtain breathalyser data rests. As I noted in *Bartle*, at p. 213, breathalyser evidence in impaired driving cases is often characterized as "statutorily compellable" by virtue of the fact that refusing to provide a breath sample in these circumstances is itself a criminal offence under s. 254(5) of the *Code*. The results of a breathalyser test are self-incriminatory evidence (*Bartle*, at pp. 213-14), and were it not for s. 254(5), a detainee would be free to choose not to assist the state's investigation by providing a breath sample. In my view, any consideration of the question of whether the state's interest in obtaining breathalyser readings was sufficiently pressing to constitute an "urgent circumstance" warranting the curtailment of a detainee's s. 10(b) rights would, by inference, require an examination of the constitutionality of s. 254(5), an issue that was not raised directly on this appeal. For these reasons, I prefer not to decide this question at this time.

I should note, however, that whether or not breathalyser data is available it is always open to the Crown to proceed with a straight impaired driving charge under s. 253(a), as was customary before the advent of breathalyser machines and Parliament's introduction in the late 1960's of the

D'après les faits en l'espèce, on n'a pas à se demander si la perte imminente de la possibilité d'obtenir toute donnée significative sur l'alcoolémie d'une personne pourrait constituer une «circonstance urgente» suffisante pour justifier l'abrégement de la période de sursis. En l'espèce, les alcootests ont été effectués environ une heure après la mise en détention de l'appelant, bien avant qu'il existe une urgence quelconque liée à la perte de la possibilité d'obtenir des données utiles. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de décider en l'espèce si, dans des circonstances différentes, le risque de perte de toute possibilité de procéder à un alcootest pourrait justifier l'abrégement de la période de sursis. En outre, cette question ne pourrait, à mon avis, être tranchée sans examen des dispositions législatives habilitant la police à procéder aux alcootests. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Bartle*, à la p. 213, on parle souvent de «contraignabilité prévue par la loi» à propos de la preuve obtenue par alcootest dans les cas de conduite avec facultés affaiblies puisque le refus de fournir un échantillon d'haleine dans ces circonstances constitue en soi une infraction criminelle en vertu du par. 254(5) du *Code*. Les résultats des alcootests sont auto-incriminants (voir l'arrêt *Bartle*, aux pp. 213 et 214); d'ailleurs, si ce n'était du par. 254(5), une personne détenue serait libre de décider de ne pas aider à l'enquête de l'État en fournissant un échantillon d'haleine. À mon avis, si l'on examine la question de savoir si l'intérêt de l'État relativement aux lectures d'alcootest est suffisamment pressant pour constituer une «circonstance urgente» justifiant l'atteinte aux droits garantis au détenu par l'al. 10b), il faudrait aussi, par déduction, examiner la validité constitutionnelle du par. 254(5), question non directement soulevée dans le présent pourvoi. Pour ces motifs, je préfère ne pas trancher cette question pour l'instant.

Cependant, que l'on possède ou non des données sur l'alcoolémie d'une personne, il est, je tiens à le préciser, toujours loisible au ministère public d'engager directement des poursuites sous le chef de la conduite avec facultés affaiblies en vertu de l'al. 253a), comme cela se faisait couramment avant l'arrivée des alcootests et l'introduction

“over 80” breathalyser charge under s. 253(b) of the *Code*.

(d) *Summary of Principles*

Section 10(b) of the *Charter* does not impose a substantive constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel is available, or likewise, provide detainees with a guaranteed right to free and immediate preliminary legal advice upon request. However, in jurisdictions where a duty counsel service does exist but is unavailable at the precise time of detention, s. 10(b) does impose an obligation on state authorities to hold off from eliciting evidence from a detainee, provided that the detainee asserts his or her right to counsel and is reasonably diligent in exercising it. In other words, the police must provide the detainee with what, in the circumstances, is a reasonable opportunity to contact duty counsel. While this holding-off requirement does not apply in cases of urgency, the evidentiary presumption under s. 258(1)(d) of the *Code*, which provides that readings taken within two hours of an alleged offence are proof of the blood alcohol level at the time of the offence, is not a sufficiently “urgent” factor to override a detainee’s right to counsel under s. 10(b).

In addition, once a detainee asserts his or her right to counsel and is duly diligent in exercising it, thereby triggering the obligation on the police to hold off, the standard required to constitute effective waiver of this right will be high. Upon the detainee doing something which suggests he or she has changed his or her mind and no longer wishes to speak to a lawyer, police will be required to advise the detainee of his or her right to a reasonable opportunity to contact counsel and of their obligation during this time not to elicit incriminating evidence from the detainee.

par le législateur, vers la fin des années 1960, du chef d’accusation d’alcoolémie «de plus de 80 mg» en vertu de l’al. 253b) du *Code*.

a d) *Sommaire des principes*

L’alinéa 10b) de la *Charte* n’impose pas aux gouvernements une obligation constitutionnelle positive de faire en sorte qu’il soit possible d’obtenir sans délai des services d’avocats de garde, ni ne donne aux personnes détenues un droit garanti à des conseils juridiques préliminaires gratuits, sur demande. Toutefois, dans les provinces et territoires où des services d’avocats de garde existent mais où la personne ne peut y recourir au moment précis de sa mise en détention, l’al. 10b) impose aux agents de l’État l’obligation de surseoir aux mesures visant à lui soutirer des éléments de preuve, si elle a manifesté l’intention de se prévaloir de son droit à l’assistance d’un avocat et fait preuve d’une diligence raisonnable dans l’exercice de ce droit. Autrement dit, la police doit donner à la personne détenue ce qui, dans les circonstances, constitue une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat de garde. Bien que cette obligation de sursis ne s’applique pas dans les cas d’urgence, la présomption en matière de preuve prévue à l’al. 258(1)d) du *Code*, qui porte que les lectures d’alcooltest prises dans les deux heures suivant le moment où l’infraction aurait été commise font foi de l’alcoolémie de l’accusé au moment de cette infraction, ne constitue pas un facteur suffisamment «urgent» pour avoir préséance sur le droit d’une personne détenue à l’assistance d’un avocat que garantit l’al. 10b).

En outre, dès qu’une personne détenue invoque son droit à l’assistance d’un avocat et fait preuve de diligence dans l’exercice de ce droit, donnant ainsi naissance à l’obligation de sursis de la police, la norme exigée pour qu’il y ait renonciation valide de ce droit sera stricte. Quand la personne détenue fait quelque chose qui indique qu’elle a changé d’avis et qu’elle ne souhaite plus communiquer avec un avocat, les policiers devront l’informer de son droit à une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et de leur obligation de ne pas lui soutirer des éléments de preuve de nature incriminante.

With respect to the initial information component of s. 10(b), I would reiterate what I said in *Bartle, supra* — namely, that a detainee is entitled under s. 10(b) to be advised of whatever system for free, preliminary legal advice exists in the jurisdiction at the time and of how such advice can be accessed (e.g., by dialling a 1-800 (toll-free) number). Where no such duty counsel system exists, as was the case here and in *Matheson*, a detainee must nevertheless be advised upon detention of his or her right to apply for legal aid under the applicable provincial or territorial legal-aid plan.

(e) *Application*

The appellant was arrested, cautioned and read the breathalyser demand late on a Saturday afternoon. He told the police that he wished to talk to a lawyer before taking the breathalyser tests. The police then took him to the Halifax police station and gave him a list of Legal Aid lawyers to call. Over a period of almost 40 minutes, the appellant tried, with the help of Constable Young, to reach the 12 lawyers on the list. The appellant failed to reach any of the lawyers because, just a few days earlier, they had announced a work-to-rule campaign in which they were refusing to accept any further after-hours calls from persons in detention. The appellant declined to make use of the telephone book which was offered to him by Constable Young, saying that he could not afford the legal fees of a private lawyer. The appellant agreed to take the breathalyser tests, both of which he failed.

I am satisfied that the appellant's s. 10(b) *Charter* rights were infringed in this case. Although the burden of establishing a s. 10(b) violation is always on the claimant of the right, I believe that Freeman J.A. below cast the burden too high when he stated at p. 170:

En ce qui a trait au volet information initial de l'al. 10b), je reprendrais ce que j'ai dit dans l'arrêt *Bartle*, précité — à savoir que la personne détenue a le droit, en vertu de l'al. 10b), d'être informée de l'existence de tout système lui permettant d'obtenir sans délai des conseils juridiques préliminaires gratuits dans la province ou le territoire, et des moyens à employer pour y avoir accès (par exemple, en composant sans frais un numéro 1-800). En l'absence d'un tel système d'avocats de garde, comme ce fut le cas en l'espèce et dans l'affaire *Matheson*, la personne détenue doit quand même être informée dès sa mise en détention de son droit de demander de l'aide juridique selon le régime applicable dans cette province ou ce territoire.

e) *Application*

L'appelant a été arrêté, mis en garde et notifié de la demande d'alcootests à la fin de l'après-midi, un samedi. Il a dit aux policiers qu'il souhaitait parler à un avocat avant de se soumettre aux alcootests. Les policiers l'ont ensuite conduit au poste de police de Halifax et lui ont donné une liste des numéros de téléphone des avocats de l'aide juridique. Avec l'aide de l'agent Young, l'appelant a tenté pendant près de 40 minutes de joindre les 12 avocats dont le nom figurait sur la liste. Il n'a pas réussi parce que, quelques jours plus tôt, ceux-ci avaient annoncé qu'ils feraient une grève du zèle et qu'ils refuseraient d'accepter d'autres appels de personnes détenues après les heures de bureau. L'appelant a refusé d'utiliser le bottin que lui avait remis l'agent Young, en disant ne pas avoir les moyens d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. L'appelant a alors consenti à se soumettre aux alcootests, qui ont tous deux donné des résultats défavorables.

Je suis convaincu qu'il y a eu en l'espèce violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant. Même si la charge d'établir une violation de l'al. 10b) incombe toujours à celui qui invoque le droit en cause, je crois que le juge Freeman de la Cour d'appel a établi une charge trop élevée lorsqu'il a dit, à la p. 170:

The burden was on [the appellant] to prove an infringement of his right to counsel. He did not testify. There is no evidence from him that he did not have a reasonable opportunity to seek counsel, nor that his consent to take the breathalyzer test was not a proper waiver of his right.

If it is apparent on the record that a *Charter* violation has occurred, which in this case I find it is, then it is not necessary for the defence to adduce independent, corroborating evidence of the violation.

Although the police in this case complied fully with their initial informational obligation under s. 10(b) and behaved admirably throughout, the testimony of Constable Young, the arresting police officer and the Crown's only witness, reveals that the appellant's *Charter*-guaranteed right to counsel was breached in two respects. First, after asserting his right and trying repeatedly to contact a lawyer, the appellant was not informed when he changed his mind and agreed to take the breathalyser test that the police had to hold off from their investigation until he had had a reasonable opportunity to contact counsel. Second, the police failed in fact to hold off and provide the appellant with the reasonable opportunity to contact counsel to which he was entitled under s. 10(b). That is, the police failed under the circumstances, where the appellant had clearly expressed his desire to speak to a lawyer, to put off administering the breathalyser tests until either the appellant contacted a Legal Aid lawyer, or was taken before a justice of the peace for a bail hearing and his situation could be assessed.

There were no urgent or compelling circumstances which justified the police in proceeding so precipitously with the breathalyser tests. In other words, I must respectfully disagree with Chipman J.A. for the majority below who held that the two-hour evidentiary presumption under s. 258(1)(d) of

[TRANSDUCTION] Il lui incombait [à l'appelant] de prouver que son droit à l'assistance d'un avocat avait été violé. Il n'a pas témoigné. Il n'a fourni aucun élément de preuve indiquant qu'il n'a pas eu une possibilité raisonnable de recourir aux services d'un avocat ou que, en acceptant de se soumettre à l'alcootest, il n'a pas renoncé à son droit.

S'il ressort clairement de l'examen du dossier qu'il y a eu violation de la *Charte*, conclusion que je tire en l'espèce, alors la défense n'est pas tenue de présenter pour fins de corroboration une preuve de violation indépendante.

Même si, en l'espèce, les policiers se sont acquittés en tous points de leur obligation initiale d'informer en vertu de l'al. 10b) et qu'ils ont eu en tout temps un comportement exemplaire, le témoignage de l'agent Young, l'agent de police qui a procédé à l'arrestation et le seul témoin du ministère public, révèle une double violation du droit à l'assistance d'un avocat que la *Charte* garantit à l'appelant. D'abord, après avoir invoqué son droit et tenté à plusieurs reprises d'entrer en communication avec un avocat, l'appelant n'a pas été informé, quand il a changé d'avis et accepté de se soumettre à l'alcootest, de l'obligation des policiers de surseoir à l'enquête jusqu'à ce qu'il ait une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. Ensuite, les policiers ont effectivement omis de surseoir à l'enquête et de donner à l'appelant la possibilité raisonnable d'entrer en communication avec un avocat, comme c'était son droit en vertu de l'al. 10b). En d'autres termes, les policiers ont omis, dans des circonstances où l'appelant avait clairement exprimé son intention de parler à un avocat, de reporter l'administration des alcootests jusqu'à ce que l'appelant ait communiqué avec un avocat de l'aide juridique, ou ait comparu devant un juge de paix pour présenter une demande de mise en liberté sous caution et ait fait évaluer sa situation.

Il n'y avait aucune circonstance urgente ou pressante qui eut pu justifier l'administration aussi hâtive des alcootests par les policiers. En d'autres termes, je dois en toute déférence manifester mon désaccord avec le juge Chipman qui, dans les motifs qu'il a prononcés au nom de la Cour d'ap-

the *Criminal Code* created a situation of urgency which served to override the appellant's s. 10(b) rights. In this case where the appellant had clearly asserted his right to counsel but was prevented from exercising it because of institutional conditions entirely beyond his control, it would be inappropriate to allow a statutory provision benefitting the prosecution to trump the appellant's *Charter* rights.

As to whether the appellant acted with reasonable diligence in exercising his right to counsel, I am in agreement with the trial judge, Sherar Prov. Div. J., that the appellant acted with due diligence in trying to contact counsel. In my opinion, both Chipman and Freeman J.J.A. imposed too high a due diligence obligation on the appellant. For instance, while Chipman J.A. suggested at p. 162 that the appellant should have "[tried] his luck" by calling lawyers listed in the telephone book, Freeman J.A. spoke at p. 170 of how "vigorous pursuit" by the appellant of the one Legal Aid lawyer still accepting after-hours calls might have resulted in contact. As the majority of this Court said in *Ross, supra*, at p. 11, what is reasonable diligence in the exercise of the right to counsel will depend on the context. In this case, the appellant not only made 15 fruitless attempts to contact a Legal Aid lawyer over a period of almost 40 minutes, but also expressed his inability to afford a private lawyer when handed the Yellow Pages. To my mind, the appellant acted with due diligence in the circumstances and it would be entirely unreasonable to expect him to have done anything more than he did. To require the appellant, as a condition of safeguarding his s. 10(b) rights, to call at random lawyers listed in the Yellow Pages late on a Saturday afternoon and plead for free or cut-rate legal advice, as the respondent argues, would be exces-

pel à la majorité, a conclu que la présomption en matière de preuve de deux heures prévue à l'al. 258(1)d) du *Code criminel* a créé une situation d'urgence justifiant la dérogation aux droits de l'appellant sous le régime de l'al. 10b). Dans la présente espèce, où l'appellant avait clairement invoqué son droit à l'assistance d'un avocat sans pouvoir l'exercer en raison de conditions institutionnelles complètement indépendantes de sa volonté, il serait inadmissible de permettre qu'une disposition législative avantageant le ministère public vienne le priver des droits que lui garantit la *Charte*.

Quant à la question de savoir si l'appellant a agi avec une diligence raisonnable dans l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat, je partage la conclusion du juge du procès, le juge Sherar, portant que l'appellant a agi avec toute la diligence nécessaire lorsqu'il a tenté d'entrer en communication avec un avocat. À mon avis, les juges Chipman et Freeman de la Cour d'appel ont tous deux imposé à l'appellant une norme de diligence trop stricte. Tandis que le juge Chipman disait, à la p. 162, que l'appellant aurait dû «tenter sa chance» en appelant des avocats dont le nom figurait dans le bottin, le juge Freeman laissait entendre, à la p. 170, que si l'appellant avait été «plus tenace» dans sa tentative de joindre l'unique avocat de l'aide juridique qui acceptait encore des appels après les heures de bureau, il aurait peut-être pu réussir à entrer en communication avec lui. Comme l'a dit notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Ross*, précité, à la p. 11, la diligence raisonnable dans l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat dépend du contexte. En l'espèce, non seulement l'appellant a tenté sans succès à 15 reprises sur une période de près de 40 minutes d'entrer en communication avec un avocat de l'aide juridique, mais il a aussi déclaré ne pas avoir les moyens de recourir aux services d'un avocat d'un cabinet privé lorsqu'on lui a remis les Pages jaunes. Selon moi, l'appellant a fait preuve de toute la diligence nécessaire dans les circonstances, et il serait absolument déraisonnable de s'attendre à plus que ce qu'il a fait. Exiger de l'appellant comme condition du maintien de ses droits en vertu de l'al. 10b) qu'il appelle au hasard des avocats dont le nom figure dans les Pages

sive in a context where Legal Aid assistance exists, but not at the particular time in question.

With respect to waiver, I must again agree with the trial judge and disagree with the Court of Appeal. Sherar Prov. Div. J. found that when the appellant finally submitted to the breathalyser demand, he acted out of frustration. This is an inference of fact with which I am not prepared to interfere. As I have already emphasized above, in circumstances where a detainee asserts his or her right to counsel, the onus is on the Crown to establish that the detainee subsequently waived his or her right and the standard of proof will be high. Therefore, I cannot agree with the respondent's submission that, in the absence of any evidence suggesting the appellant did not change his mind and voluntarily agree to take the breathalyser test, the only reasonable inference is that the appellant chose to take the test with full knowledge of his s. 10(b) rights and with an appreciation of the consequences of waiving his right to counsel.

The record is unclear as to the exact circumstances surrounding the appellant's eventual submission to the breathalyser demand. Constable Young testified simply that, after he spoke to the duty prosecutor for the Crown and learned that Legal Aid lawyers were no longer taking after-hours calls, the appellant "agreed to take the breathalyzer test". This is the only evidence supporting the Crown's assertion of a valid waiver by the appellant. In light of where the burden of proof lies and given the state of the record, I am unable to agree with Chipman J.A., at p. 163, that "[i]t was the [appellant] who terminated the proceedings by volunteering to take the test" and "[i]t is clear that the [appellant] changed his mind about wanting to speak to counsel before he took the test". In addition, I respectfully do not agree with the Court of Appeal that, because the appellant had

jaunes à la fin de l'après-midi, un samedi, pour négocier des conseils juridiques gratuits ou à prix réduit, comme le prétend l'intimée, serait trop exiger de lui dans un contexte où, malgré l'existence de services d'aide juridique, ceux-ci n'étaient pas disponibles au moment précis qui nous occupe.

En ce qui a trait à la renonciation, je dois encore une fois exprimer mon accord avec le juge du procès et mon désaccord avec la Cour d'appel. Le juge Sherar a conclu que lorsque l'appellant a finalement obtempéré à l'ordre de se soumettre aux alcootests, c'est par pure frustration qu'il l'a fait. C'est là une inférence de fait que je ne suis pas prêt à modifier. Comme je l'ai déjà souligné, lorsqu'une personne détenue invoque son droit à l'assistance d'un avocat, c'est au ministère public qu'il appartient d'établir qu'il y a bien eu renonciation subséquente de cette personne à son droit, et la norme de preuve est stricte. Par conséquent, je ne puis accepter la prétention de l'intimée selon laquelle, en l'absence de tout élément de preuve établissant que l'appellant n'a pas changé d'avis ni consenti de son plein gré à se soumettre aux alcootests, la seule inférence raisonnable que l'on puisse tirer est que l'appellant a choisi de se soumettre aux tests en pleine connaissance des droits que lui garantit l'al. 10(b) et des conséquences de la renonciation à son droit à l'assistance d'un avocat.

Le dossier ne décrit pas clairement les circonstances exactes dans lesquelles l'appellant a finalement accepté d'obtempérer à l'ordre de se soumettre aux alcootests. Dans sa déposition, l'agent Young a tout simplement dit qu'après avoir parlé au procureur du ministère public de garde et avoir appris que les avocats de l'aide juridique ne prenaient plus d'appels en dehors des heures de bureau, l'appellant [TRADUCTION] «a accepté de se soumettre à l'alcootest». Il s'agit là du seul élément de preuve qui puisse étayer la prétention de l'intimée qu'il y a eu renonciation valide de la part de l'appellant. Compte tenu de la charge de la preuve et de l'état du dossier, je ne puis convenir avec le juge Chipman (à la p. 163) que «[c]'est l'[appellant] qui a mis fin au processus en offrant de son plein gré de se soumettre au test» et qu'«[i]l est clair que l'[appellant] a changé d'avis au sujet

1994 CanLII 65 (SCC)

been told as part of the standard breathalyser demand delivered to him by the police approximately one hour before that, if he refused to comply with the demand he would be charged with the offence of refusal, one can safely draw the inference that the appellant must have understood the consequences of what he was doing when he agreed to take the test. The fact that the police advised the appellant of the broad parameters of the jeopardy in which he found himself is no substitute for legal advice from a lawyer whose duty it would have been to advise the appellant fully of his legal rights and obligations.

Moreover, given that the appellant was never properly informed of his rights under s. 10(b) when he changed his mind and indicated he was prepared to take the breathalyser tests without first speaking to a lawyer — specifically of his right to have the police hold off in order to provide him with a reasonable opportunity to contact a Legal Aid lawyer — one cannot say that he was in a position to know what he was giving up when he submitted to the breathalyser tests. In other words, the appellant cannot be said to have waived a right he did not know he had.

To conclude, I find that the appellant neither explicitly nor implicitly waived his right to counsel. His s. 10(b) rights were infringed by the police in two ways: first, when he was not properly informed of the obligation on the part of the police to hold off upon his changing his mind about speaking to a lawyer; and second, when, after asserting his right to counsel and exercising it with due diligence, the police did not provide him with a reasonable opportunity to contact counsel and refrain from having him participate in a potentially incriminating procedure until he had had this opportunity. It is to the issue of whether the incriminating breath samples obtained from the appellant following the violation of his *Charter*-

de son désir de parler à un avocat avant de se soumettre au test». En outre, en toute déférence, je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle on peut raisonnablement inférer que l'appellant devait comprendre les conséquences de ce qu'il faisait en acceptant de se soumettre au test du fait qu'on lui avait dit, au moment de la signification de la demande type de se soumettre à l'alcootest qui lui avait été faite par la police environ une heure auparavant, que s'il refusait, il serait accusé de refus d'obtempérer. Le fait que la police ait informé l'appellant sommairement de la mauvaise situation dans laquelle il se trouvait ne peut d'aucune façon remplacer l'avis juridique qu'aurait pu lui donner un avocat, qui aurait eu le devoir de l'éclairer pleinement sur ses droits et obligations en vertu de la loi.

Qui plus est, comme l'appellant n'a jamais été informé adéquatement des droits que lui garantit l'al. 10b) lorsqu'il a changé d'avis et manifesté qu'il était prêt à se soumettre aux alcootests sans avoir au préalable communiqué avec un avocat — plus précisément de son droit d'obliger la police à surseoir aux tests afin de lui donner une possibilité raisonnable d'entrer en communication avec un avocat de l'aide juridique — il est impossible d'affirmer qu'il était en mesure de savoir ce à quoi il renonçait lorsqu'il a accepté de se soumettre aux alcootests. En d'autres termes, l'appellant ne peut avoir renoncé à un droit dont il ignorait l'existence.

Je conclus finalement que l'appellant n'a ni explicitement ni implicitement renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Les droits que l'al. 10b) lui garantit ont été violés de deux manières par la police: d'abord lorsqu'il n'a pas été informé adéquatement de l'obligation de la police de surseoir aux tests après qu'il eut changé d'avis au sujet de son intention de communiquer avec un avocat; ensuite lorsque, après qu'il eut invoqué son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il l'eut exercé avec toute la diligence nécessaire, la police ne lui a pas donné une possibilité raisonnable d'entrer en communication avec un avocat et qu'elle ne s'est pas abstenue, jusqu'à ce qu'il ait cette possibilité, de le faire participer à un processus qui risquait de l'in-

guaranteed right to counsel should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* that I now turn.

(f) *Exclusion of the Evidence*

The procedure for determining whether evidence, and particularly breathalyser evidence obtained in the impaired driving context, should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* is fully canvassed in my reasons in *Bartle*, which are released contemporaneously with these reasons. Accordingly, my comments here will be brief and to the point.

In my view, among the five s. 10(b) appeals heard together by this Court, the facts of this case present the most compelling basis for exclusion of evidence under s. 24(2). The breath samples were conscripted evidence which might not have been obtained had the appellant's s. 10(b) rights not been infringed. In other words, the breach of the appellant's right to counsel goes directly to his privilege against self-incrimination, and receipt of the breathalyser evidence resulting from this breach would undermine this privilege, thereby rendering the trial process unfair. Neither the undeniable good faith of the police, nor the relative seriousness of the drinking and driving offence with which the appellant was charged can compensate for the adjudicative unfairness which I find admission of the evidence would produce.

To conclude, I am fully satisfied that admission of the evidence in this case would adversely affect the fairness of the trial and bring the administration of justice into disrepute. The evidence was obtained by conscripting the appellant against himself and infringing his right against self-incrimination, a right which might have been protected had

criminer. J'aborderai maintenant la question de savoir si les échantillons d'haleine incriminants obtenus de l'appelant par suite de la violation du droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit la *Charte* devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

f) *Exclusion de la preuve*

J'examine en détail dans les motifs que j'ai prononcés dans l'arrêt *Bartle*, rendu simultanément, la procédure permettant de déterminer si, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, il y a lieu d'écarter des éléments de preuve et, en particulier, les résultats d'alcootests obtenus dans les cas de conduite avec facultés affaiblies. Je me limiterai donc ici à des commentaires brefs et directs.

À mon avis, des cinq pourvois sous le régime de l'al. 10b) qui ont été entendus ensemble par notre Cour, ce sont les faits de la présente espèce qui présentent le fondement le plus clair en faveur de l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2). Les échantillons d'haleine étaient des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même, qui n'auraient peut-être pas été disponibles s'il n'y avait pas eu violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant. En d'autres termes, la violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat porte directement atteinte à son privilège de ne pas s'incriminer, et l'utilisation des résultats des alcootests découlant de cette violation est susceptible de miner ce privilège et, partant, de rendre le processus judiciaire inéquitable. Ni l'indéniable bonne foi de la police ni la gravité relative de l'infraction de conduite avec facultés affaiblies reprochée à l'appelant ne peuvent compenser le manque d'équité qu'entraînerait selon moi l'utilisation de cet élément de preuve.

En conclusion, je suis absolument convaincu que l'utilisation des éléments de preuve en l'espèce aurait pour effet de nuire à l'équité du procès et de déconsidérer l'administration de la justice. Les éléments de preuve ont été obtenus en mobilisant l'appelant contre lui-même et en portant atteinte à son droit de ne pas s'incriminer, droit qui

he been provided with a reasonable opportunity to consult a Legal Aid lawyer.

(g) *Conclusion*

I find that the appellant's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* was infringed and that, having regard to all of the circumstances of this case, the breathalyser evidence should not be admitted under s. 24(2) of the *Charter*.

Accordingly, the appeal should be allowed, the conviction quashed and a verdict of acquittal entered in its place.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting) — I would dispose of this appeal as proposed by my colleague, Justice L'Heureux-Dubé, for the reasons she gives regarding the alleged constitutional guarantee of state-funded duty counsel and the alleged breach of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the circumstances. I find it unnecessary, for the purposes of this case, however, to comment on the definition previously given by this Court of the term "detention". It is also in strictness unnecessary for me to comment on whether the breathalyser evidence should be excluded, but I observe that the failure of the police officer to comply with the duty set forth in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, which was what impelled me in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, issued concurrently, to exclude the evidence, was not present here. The officer did everything he could do to facilitate the appellant's obtaining a lawyer.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case and the four other cases heard at the same time (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; and *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328) and in which judgment is handed down con-

aurait pu être protégé si on lui avait donné une possibilité raisonnable de consulter un avocat de l'aide juridique.

a g) *Conclusion*

À mon avis, le droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte* a été violé et, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, la preuve obtenue par les alcootests ne devrait pas être utilisée.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et de la remplacer par un verdict d'acquiescement.

Version française des motifs rendus par

d LE JUGE LA FOREST (dissent) — Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, pour les motifs qu'elle donne relativement au droit que garantirait la Constitution d'avoir recours à un service d'avocats de garde financé par l'État et à la violation alléguée de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans les circonstances. Cependant, j'estime inutile en l'espèce de faire des commentaires sur la définition du terme «détenition» déjà établie par notre Cour. Il est également à strictement parler inutile que j'examine s'il y a lieu d'écarter la preuve obtenue par alcootest, mais je tiens à préciser que le non-respect par le policier de l'obligation formulée dans l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, qui m'a incité dans l'affaire *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, rendu simultanément, à conclure qu'il y avait lieu d'écarter la preuve, ne se pose pas en l'espèce. Le policier a fait tout ce qu'il pouvait pour faciliter le recours à un avocat par l'appelant.

Version française des motifs rendus par

i LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Cet appel et les quatre autres entendus en même temps (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; et *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328), dont les jugements sont rendus simultanément,

temporarily with this one, raise the issue of the scope of the guarantee provided for in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that is the right of everyone on arrest or detention to "retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right". This case raises the particular issue of whether s. 10(b) of the *Charter* creates a positive constitutional obligation on governments to ensure that free and immediate temporary legal advice is available to all detainees. That question is raised here in the context of breathalyser tests administered to the appellant Prosper.

The appellant, who was acquitted at first instance, challenges his conviction by the Court of Appeal of Nova Scotia for the offence of having had care and control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, on the basis that the police officers did not inform him, before he was asked to submit to the breathalyser tests, of his right to free legal advice and of a toll-free number to receive such legal advice. It so happens that the province of Nova Scotia did not have a toll-free number available 24 hours a day. Hence, this query whether governments have a constitutional obligation to provide free and immediate duty counsel services to detainees.

I agree with the Chief Justice that there is no such constitutional obligation under s. 10(b) of the *Charter*. To this end, I am particularly persuaded by the fact that the drafters of the *Charter* left out the following proposed section:

(d) if without sufficient means to pay for counsel and if the interests of justice so require, to be provided with counsel;

(See: *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81, at pp. 46:125 and 127-135 (January 27, 1981).) In *R. v. Robinson* (1989), 73 C.R. (3d) 81,

soulèvent la question de la portée de la garantie énoncée à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit le droit de toute personne, en cas d'arrestation ou de détention, «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit». La question plus précise qui se pose en l'espèce est de savoir si l'al. 10b) de la *Charte* impose aux gouvernements une obligation constitutionnelle positive de faire en sorte que toutes les personnes détenues aient accès à des conseils juridiques temporaires, sans délai et sans frais. Cette question est soulevée ici à propos des alcootests que l'appelant Prosper a dû subir.

L'appelant, qui a été acquitté en première instance, conteste sa déclaration de culpabilité par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse à l'égard de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, soit pour avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, parce que les policiers ne l'ont pas informé, avant de lui demander de se soumettre aux alcootests, de son droit de recevoir des conseils juridiques gratuits et d'être informé du numéro d'appel sans frais à cet égard. Il se trouve que la province de la Nouvelle-Écosse ne disposait pas de numéro sans frais accessible 24 heures par jour. D'où la question de savoir si les gouvernements ont l'obligation constitutionnelle d'offrir aux personnes détenues des services immédiats et gratuits d'avocats de garde.

Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'al. 10b) de la *Charte* n'impose aucune telle obligation constitutionnelle. À cet égard, je suis particulièrement convaincue par le fait que les rédacteurs de la *Charte* ont délibérément choisi d'écarter le projet d'alinéa suivant:

d) d'avoir l'assistance d'un avocat s'il n'a pas de moyens suffisants et si l'intérêt de la justice l'exige;

(Voir: *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Première session de la trente-deuxième législature, 1980-1981, aux pp. 46:125 et 46:127 à 46:135, le 27 janvier 1981.) Dans l'arrêt *R. c. Robinson* (1989), 73

at p. 113, McClung J.A., writing for the Alberta Court of Appeal, summarized the reasons underlying the rejection of s. 10(d) by the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada:

[Section 10(d)] was rejected after the joint committee heard evidence and weighed the competing articles found in the International Covenant on Civil and Political Rights, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the Sixth Amendment to the United States Constitution. It cannot be assumed that the committee was unmindful of the extended right-to-counsel jurisprudence of the U.S. federal courts that is relied upon by the applicants in this case, but which, as a Constitutional safeguard, has been consistently refused in Canada.

(Cited with approval by Freeman J.A. of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia in *R. v. Prosper*, (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, at p. 169.)

Before us, counsel for the appellant Cyril Patrick Prosper in *Prosper*, *supra*, and counsel for the respondent Ross Nelson Matheson in *Matheson*, *supra*, referred to the "living tree" theory and argued that the *Charter* had grown to the point where state-funded duty counsel should be constitutionally guaranteed. While the "living tree" theory would perhaps let us by-pass the will of the legislature, that theory is usually used to put right an interpretation which is no longer in accordance with the current socio-economic context (see, *inter alia*: *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at pp. 1029-30 (*per curiam*); *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 723 (Dickson J. (as he then was))). I doubt it can be used to interpret a constitutional document, such as the *Charter*, which is still in its infancy at a time when the socio-economic context has not evolved. Besides, the "living tree" theory has its limits and has never been used to transform completely a document or add a provision which was specifically rejected at the outset. It would be strange, and even dangerous, if courts could so alter the constitution of a country. Counsels' arguments regarding the "liv-

C.R. (3d) 81, à la p. 113, le juge McClung, au nom de la Cour d'appel de l'Alberta, a résumé les motifs qui sous-tendent le rejet de l'al. 10d) par le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada:

[TRADUCTION] [L'alinéa 10d)] a été rejeté après que le comité mixte eut entendu des témoignages et soupesé les articles correspondants du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du Sixième amendement à la Constitution des États-Unis. On ne peut pas présumer que le comité n'a pas tenu compte de la jurisprudence des tribunaux fédéraux américains consacrant le droit étendu à l'assistance d'un avocat que les requérants invoquent en l'espèce, mais que les tribunaux canadiens ont constamment refusé d'ériger en garantie constitutionnelle.

(Cité et approuvé par le juge Freeman de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *R. c. Prosper* (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, à la p. 169.)

Devant nous, l'avocat de l'appelant Cyril Patrick Prosper dans l'arrêt *Prosper*, précité, et l'avocat de l'intimé Ross Nelson Matheson dans l'arrêt *Matheson*, précité, ont invoqué la théorie de l'«arbre vivant» et ont soutenu que la *Charte* s'était développée au point que le droit à des avocats de garde rémunérés par l'État devrait être garanti par la Constitution. La théorie de l'«arbre vivant» nous autoriserait peut-être à outrepasser la volonté du législateur, mais cette théorie est d'ordinaire utilisée pour corriger une interprétation qui n'est désormais plus conforme au contexte socio-économique (voir, entre autres, *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, aux pp. 1029 et 1030 (la Cour); *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 723 (le juge Dickson (plus tard Juge en chef))). Je doute qu'elle puisse être utilisée pour interpréter un texte constitutionnel, comme la *Charte*, qui est encore dans l'enfance, quand les conditions sociales et économiques n'ont pas évolué. Du reste, la théorie de l'«arbre vivant» a ses limites et n'a jamais été utilisée pour transformer du tout au tout un document ou pour y ajouter une disposition qui avait été expressément écartée dès

ing tree" theory in the particular context of this case are not appropriate.

While one cannot ignore the plight of one of the most disadvantaged groups in society, the poor, on whose behalf The Charter Committee on Poverty Issues was granted intervenor status in this case and in *Matheson* their concerns are alleviated by the availability of Legal Aid. However, the scope of services available through Legal Aid is generally not, in my opinion, for the courts to decide. The proper allocation of state resources is a matter for the legislature. In its choice of measures, given limited resources, a legislature may prefer to fund victims of crime rather than accused persons or vice versa — or may wish to reduce rather than increase Legal Aid funding. However, I do note, without deciding, that there may be certain minimum levels of Legal Aid imposed by s. 7 in the context of an accused who is being tried for an offence whose penalty might result in the deprivation of the accused's life, liberty or security of the person. However, access to 24-hour duty counsel services upon arrest or detention is clearly far above any such minimum threshold.

Therefore, I agree with the Chief Justice's conclusion that there is no constitutional obligation on governments under s. 10(b) of the *Charter* to provide free and immediate duty counsel services to detainees. There are no absolute rights, under the *Charter* or otherwise. This, in my view, should be the end of the matter and, consequently, the appeal should be dismissed and the conviction of the appellant under s. 253(b) of the *Criminal Code* upheld.

However, after having concluded that s. 10(b) does not require provinces to provide free and

le début. Il serait étrange, voire dangereux, que les tribunaux puissent modifier ainsi la constitution d'un pays. Les arguments des avocats au sujet de la théorie de l'«arbre vivant» dans le contexte particulier de la présente espèce sont mal fondés.

Même si on ne saurait demeurer insensible au sort de l'un des groupes les plus démunis de la société, les pauvres, au nom desquels le Comité de la Charte et des questions de pauvreté s'est vu reconnaître la qualité d'intervenant dans le présent pourvoi et dans le pourvoi *Matheson*, leur préoccupation est allégée par la possibilité de recourir à l'aide juridique. Il n'appartient toutefois pas aux tribunaux, à mon avis, de déterminer l'étendue des services d'aide juridique. Ce sont les législatures qui ont la responsabilité de faire une affectation judicieuse des ressources publiques. Dans son choix de mesures, une législature pourra, compte tenu du peu de ressources dont elle dispose, préférer financer les victimes d'actes criminels plutôt que les personnes accusées, ou le contraire — ou encore pourrait souhaiter réduire et non accroître les fonds consacrés à l'aide juridique. Je tiens cependant à ajouter, sans pour autant en décider, que l'art. 7 pourrait bien imposer certaines garanties minimales en matière d'aide juridique dans le contexte où un accusé subit son procès relativement à une infraction passible d'une peine susceptible de porter atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité. Lorsqu'une personne est arrêtée ou placée en détention, toutefois, l'accès à des services d'avocats de garde 24 heures par jour va bien au-delà d'une garantie minimale.

Pour ces raisons, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que les gouvernements n'ont pas d'obligation constitutionnelle, en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*, d'offrir aux personnes détenues des services d'avocats de garde, sans délai et sans frais. Il n'y a pas de droits absolus, qu'ils soient garantis par la *Charte* ou autrement. Ceci, à mon avis, devrait mettre un terme à la présente instance, le pourvoi devrait être rejeté et la déclaration de culpabilité de l'appellant en application de l'al. 253b) du *Code criminel* maintenue.

Toutefois, après avoir conclu que l'al. 10b) n'exige pas des provinces qu'elles fournissent des

immediate duty counsel services, the Chief Justice went on, at p. 268, to adopt an alternative solution which he considered necessary in order to provide sufficient protection for the “the Charter rights and freedoms of detainees”. In my opinion, this alternative solution, which the Chief Justice referred to as the obligation to “hold off”, is neither warranted nor appropriate.

The Chief Justice bases his “holding-off” proposal on existing jurisprudence of this Court. This jurisprudence holds that, in order to comply with s. 10(b), the police must refrain from questioning a detainee who expresses an interest in consulting with counsel until such time as the detainee has had a reasonable opportunity to do so, provided, of course, that the detainee is duly diligent in attempting to contact counsel (*R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1241-44 (Lamer J. (as he then was)); *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, at pp. 438-39 (Lamer J.); *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at pp. 998-99 (Dickson C.J.); *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at pp. 10-13 (Lamer J.); *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at pp. 154-55 (Wilson J.); *R. v. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 S.C.R. 368, at pp. 384-85 (Lamer J.); *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 203, 206 (Lamer J.); *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at pp. 890-94 (McLachlin J.)).

However, the Chief Justice expands upon this principle in developing his requirement to “hold off” by stating that the length of the “reasonable opportunity” required under s. 10(b) will depend on whether or not free and immediate duty counsel services are available. As a result of this extension of the existing s. 10(b) jurisprudence, the required “reasonable opportunity” to consult with counsel will be longer in provinces without 24-hour duty counsel programs than in provinces with such programs. In fact, the Chief Justice concludes, at p. 270, that in provinces without 24-hour duty counsel services the reasonable opportunity to consult counsel can extend until such time as “when the local Legal Aid office opens, when a private lawyer willing to provide free summary advice can be

services d’avocats de garde sans frais et sans délai, le Juge en chef préconise, à la p. 268, le recours à une autre solution qu’il considère nécessaire pour protéger suffisamment «les droits et les libertés que la Charte [. . .] garantit» aux personnes détenues. Cette solution alternative, que le Juge en chef qualifie d’obligation de «sursis», n’est, dans mon opinion, ni justifiée ni appropriée.

b Le Juge en chef fonde cette obligation de «sursis» sur la jurisprudence actuelle de notre Cour. Cette jurisprudence a établi que la police doit, pour se conformer à l’al. 10*b*), s’abstenir d’interroger une personne détenue qui manifeste le désir de consulter un avocat jusqu’à ce qu’elle ait une possibilité raisonnable de le faire, à condition, bien entendu, que cette personne fasse preuve de diligence raisonnable dans sa tentative de communiquer avec un avocat (*R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1241 à 1244 (le juge Lamer (maintenant Juge en chef)); *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, aux pp. 438 et 439 (le juge Lamer); *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, aux pp. 998 et 999 (le juge en chef Dickson); *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, aux pp. 10 à 13 (le juge Lamer); *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, aux pp. 154 et 155 (le juge Wilson); *R. c. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 R.C.S. 368, aux pp. 384 et 385 (le juge Lamer); *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, aux pp. 203 et 206 (le juge Lamer); *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, aux pp. 890 à 894 (le juge McLachlin)).

g Le Juge en chef développe ce principe dans son analyse de l’exigence d’un «sursis» en précisant que la durée de ce qui constituera une «possibilité raisonnable» exigée en vertu de l’al. 10*b*) dépendra de l’existence de services d’avocats de garde sans frais et sans délai. Par suite de cet élargissement des règles que l’on trouve dans la jurisprudence actuelle sur l’al. 10*b*), la «possibilité raisonnable» de consulter un avocat sera plus longue dans les provinces où il n’existe pas de programmes d’avocats de garde accessibles 24 heures par jour que dans celles où il en existe. En fait le Juge en chef conclut, à la p. 270, que, dans les provinces ne disposant pas de services d’avocats de garde accessibles 24 heures par jour, cette possibilité raisonnable pourrait s’étendre «jusqu’à l’ouverture du

reached, or when the detainee is brought before a justice of the peace for bail purposes and his or her needs can be properly assessed and accommodated". In other words, the result can be a very lengthy "hold off" period.

Consequently, the Chief Justice's "hold off" proposal effectively rings the death knell of the breathalyser as a device to help take drunk drivers off the roads in provinces that do not have 24-hour duty counsel service programs or their equivalent. If police have to "hold off" from requiring detainees to take breathalyser tests in such provinces, one can foresee that drivers, from 5 p.m. to 9 a.m. on weekdays and on weekends, would be free to drink and drive at leisure, with the inevitable consequences of deaths and serious injuries on the roads (a carnage that the breathalyser device was designed to reduce substantially), all on the premise that they did not have access to 24-hour duty counsel, which, as I have already noted, is not even required by s. 10(b) of the *Charter*. In my view, the *Charter* was not enacted to produce such an aberrant result. To suggest that provinces which do not provide services which they are not constitutionally required to provide will be penalized in their means of promoting safety on their roads is to me unacceptable.

While I believe that the jurisprudence of this Court to date is correct, and that a detainee must be provided with a "reasonable opportunity" to consult with counsel where he or she expresses a desire to do so, I cannot accept that the duration of such a reasonable opportunity should depend on the existence or non-existence of duty counsel programs. The constitutional rights guaranteed under s. 10(b) of the *Charter* are uniform across the country and should not depend on the existence or non-existence of programs, such as 24-hour duty

bureau local de l'aide juridique, jusqu'à l'établissement de la communication avec un avocat de cabinet privé qui accepte de donner sans frais des conseils sommaires, ou jusqu'à la comparution de la personne détenue devant un juge de paix qui, à l'occasion d'une demande de mise en liberté sous caution, sera en mesure d'évaluer adéquatement ses besoins et d'y répondre». En d'autres termes, la période de «sursis» peut être très longue.

La proposition du Juge en chef concernant un «sursis» a comme conséquence de sonner en fait le glas de l'alcootest comme outil permettant d'aider à débarrasser les routes des conducteurs en état d'ébriété dans les provinces qui n'ont pas de services d'avocats de garde 24 heures par jour ou leur équivalent. Si, dans ces provinces, la police doit «surseoir» aux demandes d'alcootests qu'elle veut faire subir aux personnes détenues, on peut prévoir que, entre 17 heures et 9 heures la semaine, ainsi que durant les fins de semaine, les conducteurs seront libres de conduire et de boire tout à loisir, état de choses qui entraînera inévitablement des accidents de la route avec décès et blessures graves (carnage que l'alcootest était destiné à réduire sensiblement), tout cela parce qu'ils n'ont pas eu accès aux services d'un avocat de garde 24 heures par jour, ce que l'al. 10b) de la *Charte* n'exige même pas, comme je l'ai déjà fait remarquer. À mon avis, la *Charte* n'a pas été édictée pour produire un résultat aussi aberrant. Il est, selon moi, inacceptable de suggérer que les provinces qui ne fournissent pas les services qu'elles ne sont pas tenues de fournir en vertu de la Constitution seront pénalisées quant aux moyens dont elles disposent pour encourager la sécurité routière.

Je crois que la jurisprudence actuelle de notre Cour est correcte et qu'une personne détenue doit bénéficier d'une «possibilité raisonnable» de consulter un avocat si elle en manifeste le désir, mais je ne puis accepter que la durée de ce qui constituera une possibilité raisonnable doive dépendre de l'existence ou de l'inexistence de programmes d'avocats de garde. Les droits constitutionnels garantis par l'al. 10b) de la *Charte* sont uniformes dans tout le pays et ne devraient pas dépendre de l'existence ou de l'inexistence de programmes,

counsel services, that themselves are not mandated by the Constitution.

Furthermore, even if s. 10(b) did impose a long "holding-off" requirement in provinces without duty counsel programs, I do not believe that such a holding-off period would be required with respect to breathalyser tests. This Court has long recognized that in urgent or dangerous circumstances, the police need not provide detainees with a reasonable opportunity to consult counsel before questioning them (*R. v. Manninen* and *R. v. Strachan*). While, it goes without saying that it is not in every situation that urgent and dangerous circumstances will be present, I firmly believe that in the case of breathalyser tests there is such an urgency. The test must be administered "forthwith" and the timing for efficacy of that test is two hours, a time frame also required by law. I refer in particular to ss. 254(3) and 258(1)(c)(ii) of the *Code*:

254. . . .

(3) Where a peace officer believes on reasonable and probable grounds that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under section 253, the peace officer may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require that person to provide then or as soon thereafter as is practicable

(a) such samples of the person's breath as in the opinion of a qualified technician, or

are necessary to enable proper analysis to be made in order to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

258. (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or in any proceedings under subsection 255(2) or (3),

comme les services d'avocats de garde 24 heures par jour, dont l'établissement n'est même pas exigé par la Constitution.

Par ailleurs, même si l'al. 10b) imposait une longue période de «sursis» dans les provinces où il n'existe pas de programmes d'avocats de garde, je ne crois pas qu'une telle période serait exigée en ce qui concerne les alcootests. Notre Cour reconnaît depuis longtemps que, en cas d'urgence ou de danger, la police n'est pas tenue de fournir à une personne détenue une possibilité raisonnable de consulter un avocat avant de l'interroger (voir les arrêts *R. c. Manninen* et *R. c. Strachan*). Il va sans dire qu'il n'y aura pas urgence ou danger dans tous les cas, mais je crois fermement que dans le cas de l'alcootest, il y a urgence. La police doit l'administrer «immédiatement» et son efficacité est nulle après deux heures, laps de temps qui est fixé par la loi. Je me réfère tout particulièrement au par. 254(3) et au sous-al. 258(1)(c)(ii) du *Code*:

254. . . .

(3) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'article 253 peut lui ordonner immédiatement ou dès que possible de lui fournir immédiatement ou dès que possible les échantillons suivants:

a) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie;

Aux fins de prélever les échantillons de sang ou d'haleine, l'agent de la paix peut ordonner à cette personne de le suivre.

258. (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou dans des poursuites engagées en vertu des paragraphes 255(2) ou (3):

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies:

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes, [Je souligne.]

evidence of the results of the analyses so made is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was, where the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses; [Emphasis added.]

d

For all of the reasons explained above, I conclude that the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* were not violated. To hold otherwise would be to penalize society for failing to provide a service which is not constitutionally required.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis qu'il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant. Prétendre le contraire serait pénaliser la société de ne pas offrir un service que la Constitution ne l'oblige pas à offrir.

In saying this, I am not in any way minimizing the importance of the s. 10(b) *Charter* guarantee. That guarantee is fully protected by providing the proper caution, as was done in this case, and by waiting a reasonable period of time before questioning a detainee who expresses a desire to consult with counsel. However, it is the detainee's responsibility to find counsel with whom to consult. The state is only required to provide the detainee with a reasonable opportunity to do so, which, was done in this case. Thus, I conclude that the appellant's s. 10(b) *Charter* rights were not violated.

En disant cela, je ne minimise en rien la garantie énoncée à l'al. 10b) de la *Charte*. Cette garantie est pleinement respectée lorsque la mise en garde est faite correctement, comme elle l'a été en l'espèce, et lorsque la police attend pendant une période raisonnable avant d'interroger une personne détenue qui a manifesté le désir de consulter un avocat. Cependant, il appartient à la personne détenue de trouver un avocat qu'elle peut consulter. L'État est seulement tenu de fournir à la personne détenue une possibilité raisonnable de le faire, ce qui a été fait en l'espèce. En conséquence, je conclus qu'il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant.

I cannot resist noting, however, that many of the problems the Court currently faces and will continue to face with respect to the scope of the right to counsel under s. 10(b) are partially the result of this Court's interpretation of the notion of "detention" provided for in the *Charter*. (See: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 630-44 (Le Dain J.); *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, at pp. 630-33 (Le Dain J.); *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 647-50 (Le Dain J.); *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 517-22 (Dickson C.J.) and pp. 537-41 (L'Heureux-Dubé J., dissenting); *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at pp. 557-58 (Dickson C.J.); *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at pp. 1161-62 (Wilson J.); *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398, at pp. 407-12 (Gonthier J.); *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, at pp. 51-71 (L'Heureux-Dubé J., dissenting); and *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139, at pp. 148-51 (Lamer C.J.)) I share Professor Hogg's view, expressed in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 2, at p. 47-5, that:

It is difficult to identify any civil libertarian values that are served by the definition of detention that is applied in *Therens*, *Thomsen*, *Hufsky* and *Simmons*. These cases introduce a right to counsel into every situation, however brief or routine, in which there is a duty to comply with a demand by a police officer (or other official). In every case, the detained person has no choice but to obey the demand, and legal advice could only confirm that duty to obey. There is nothing that counsel could do to protect the innocent, who will in any case be exculpated by the breath test or other inspection or search that he or she is required by law to undergo. The sole effect of the right to counsel seems to be to create opportunities for delay by those who have reason to fear the outcome of the demanded test. Either that delay must be filled by custodial requirements that absorb police resources or the police must take the risk that incriminating evidence will disappear. Would it not be better to restrict the term "detention" to those official restraints that are neither routine nor transitory

Je ne peux m'empêcher ici de faire observer qu'un grand nombre des problèmes dont notre Cour est aujourd'hui saisie et dont elle continuera d'être saisie, quant à l'étendue du droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b), ont en partie été créés par l'interprétation que notre Cour a donnée à la notion de «détention» que comporte la *Charte*. (Voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, aux pp. 630 à 644 (le juge Le Dain); *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, aux pp. 630 à 633 (le juge Le Dain); *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 647 à 650 (le juge Le Dain); *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, aux pp. 517 à 522 (le juge en chef Dickson) et aux pp. 537 à 541 (le juge L'Heureux-Dubé, dissidente); *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, aux pp. 557 et 558 (le juge en chef Dickson); *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, aux pp. 1161 et 1162 (le juge Wilson); *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398, aux pp. 407 à 412 (le juge Gonthier); *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, aux pp. 51 à 71 (le juge L'Heureux-Dubé, dissidente), et *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139, aux pp. 148 à 151 (le juge en chef Lamer).) Je partage le point de vue exprimé par le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 2, à la p. 47-5:

[TRADUCTION] Il est difficile de déterminer les libertés civiles que favorise la définition de la détention qui est appliquée dans les arrêts *Therens*, *Thomsen*, *Hufsky* et *Simmons*. Ces arrêts établissent un droit à l'assistance d'un avocat dans chaque situation, si brève ou courante soit-elle, où il y a une obligation d'obtempérer à une sommation faite par un policier (ou tout autre représentant de l'État). Dans chaque cas, la personne détenue n'a pas d'autre choix que d'obtempérer, et l'avocat ne pourrait que confirmer cette obligation. L'avocat ne peut rien faire pour protéger une personne innocente, qui sera de toute façon disculpée par l'alcootest ou autre inspection ou perquisition à laquelle elle doit s'astreindre en vertu de la loi. Le seul effet du droit à l'assistance d'un avocat semble être de créer des possibilités de délai pour les personnes qui ont des raisons de craindre le résultat du test demandé. S'il y a un tel délai, les ressources policières devront être utilisées pour assurer le respect des exigences en matière de garde ou la police court le risque que des éléments de preuve incriminants disparaissent. Ne serait-il pas mieux de restreindre le terme «détention» aux cas de détentions officielles où il ne s'agit d'une détention ni courante ni provisoire et où la

and in which the detained person faces choices that could be assisted by legal advice?

On the facts of this case, had I agreed with the Chief Justice and McLachlin J. that the appellant's s. 10(b) rights were violated, I would have held that the breathalyser evidence should not have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* for the following reasons.

On the basis of the factors set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the *Charter* violation, had there been one, would not have been a serious one so as to mandate the exclusion of the evidence. Such exclusion rather than its admission, on the facts of this case, would bring the administration of justice into disrepute.

First, the factors concerning the fairness of the trial favour the admission of the evidence. I cannot agree with the Chief Justice, at p. 284, that "the breach of the appellant's right to counsel goes directly to his privilege against self-incrimination, and receipt of the breathalyser evidence resulting from this breach would undermine this privilege, thereby rendering the trial process unfair". As I said in *Bartle*, *supra*, the breathalyser tests cannot be simply characterized as self-incriminating evidence in the same way as a confession. Rather, they are *indicia* of a physical condition which existed and could have been discovered by other means, whether or not the police denied to the appellant his s. 10(b) rights. The following comments of Chipman J.A. of the Court of Appeal, at p. 166, are a proper statement of the law:

In the present case, while the breath sample is more correctly categorized as self-incriminating evidence than real evidence, it is to be distinguished from a confession which is truly a case of an accused being conscripted against himself and creating evidence which did not exist before and which he was not required to give.

personne détenue a des choix à faire relativement auxquels l'assistance d'un avocat pourrait être utile?

Par ailleurs étant donné les faits de l'espèce, si j'avais été d'accord avec le Juge en chef et le juge McLachlin pour dire qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garanti à l'appellant, j'aurais décidé que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest n'aurait pas dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour les motifs qui suivent.

Compte tenu des facteurs énumérés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, la violation de la *Charte*, si violation il y avait eu, n'aurait pas été d'une gravité telle qu'elle aurait commandé l'exclusion des éléments de preuve. Vu les faits de l'espèce, c'est l'exclusion plutôt que l'admission de ces éléments qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Premièrement, les facteurs touchant l'équité du procès militent en faveur de l'admission des éléments de preuve. Je ne saurais souscrire à l'opinion du Juge en chef selon laquelle, à la p. 284, «la violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat porte directement atteinte à son privilège de ne pas s'incriminer, et l'utilisation des résultats des alcootests découlant de cette violation est susceptible de miner ce privilège et, partant, de rendre le processus judiciaire inéquitable». Comme je le dis dans l'arrêt *Bartle*, précité, les résultats des alcootests ne peuvent pas être simplement qualifiés de preuve auto-incriminante dans le même sens qu'un aveu. Ils sont plutôt des indices d'une condition physique préexistante qui aurait facilement pu être découverte par d'autres moyens, que les policiers aient ou non violé les droits que l'al. 10b) garantit à l'appellant. Les observations qui suivent du juge Chipman de la Cour d'appel, à la p. 166, constituent un énoncé correct du droit:

[TRADUCTION] En l'espèce, bien que l'échantillon d'haleine puisse plus correctement être qualifié de preuve auto-incriminante que de preuve matérielle, il faut faire la distinction d'avec un aveu; dans ce dernier cas, l'accusé agit contre lui-même et crée un élément de preuve qui n'existait pas auparavant et qu'il n'était pas tenu de fournir.

In these circumstances, the admission of the results of the two breathalyser tests would not render the trial unfair.

The second set of factors focusing on the seriousness of the violation of the *Charter* would also militate towards admission rather than exclusion of the appellant's breathalyser tests results. Chipman J.A. commented, at p. 166, on this aspect as follows:

The breach was technical in nature.

The conduct of the police in this instance was beyond reproach. Constable Young provided the [appellant] with the very service that the Legal Aid officers had directed the law enforcement agencies not to provide. He assisted the [appellant] in every reasonable way and put no pressure on him of any kind. Judge Sherar [the trial judge] said:

"In fairness, Constable Young is not to be faulted since personally he attempted, within the resources he had at his disposal to assist the [appellant] in obtaining legal assistance." [Emphasis added.]

I agree and mention that the Chief Justice himself recognizes, at p. 284, that the police acted with an "undeniable good faith". Therefore, the admission of the evidence is favoured by this second set of factors.

Finally, as to the disrepute to the administration of justice, the appellant was convicted of the offence under s. 253(b) of the *Code*, that is to have had the care and control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. The seriousness of the offence of operating a motor vehicle while impaired cannot be disregarded as this Court has pointed out in numerous occasions (*R. v. Hufsky*; *R. v. Thomsen*; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; and *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615) and as I have reiterated in my reasons in *Barile*. Given the nature of the *Charter* violation and its minimal incidence on the fairness of the trial, if any, the seriousness of offences against s. 253(b) of the *Code* militates in favour of the admission of the evidence rather than its exclusion. Its exclusion, in my view, would bring the administration of justice into dis-

Vu les circonstances, l'utilisation des résultats des deux alcootests ne rendrait pas le procès inéquitable.

a Le deuxième groupe de facteurs portant sur la gravité de la violation de la *Charte* milite aussi en faveur de l'admission plutôt que de l'exclusion des résultats des alcootests de l'appelant. Le juge Chipman fait à ce sujet les observations suivantes (à la p. 166):

[TRADUCTION] La violation n'était que de pure forme.

c La conduite des policiers en l'espèce a été irréprochable. L'agent Young a fourni à l'[appellant] le service même que les responsables de l'aide juridique avaient ordonné aux organismes chargés de l'application de la loi de ne pas fournir. Il a aidé l'[appellant] de toutes les manières raisonnables et n'a exercé sur lui aucune pression quelle qu'elle soit. Le juge Sherar [juge du procès] a dit:

d «En toute équité, l'agent Young n'avait rien à se reprocher car il a tenté lui-même, en employant les ressources à sa disposition, d'aider l'[appellant] à obtenir l'assistance d'un avocat.» [Je souligne.]

e Je suis d'accord et je remarque que le Juge en chef reconnaît lui-même, à la p. 284, que la police a agi avec une «indéniable bonne foi». Par conséquent, le deuxième groupe de facteurs favorise l'utilisation des éléments de preuve.

f Enfin, quant à la déconsidération de l'administration de la justice, l'appelant a été déclaré coupable de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code*, c'est-à-dire avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. La gravité de l'infraction de conduite d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies ne saurait être mise en doute, comme notre Cour l'a souligné à maintes reprises (*R. c. Hufsky*; *R. c. Thomsen*; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; et *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615) et je le répète moi-même dans mes motifs de l'arrêt *Barile*. Étant donné la nature de la violation de la *Charte* et de son incidence minimale sur l'équité du procès, s'il en est, la gravité des infractions prévues à l'al. 253b) du *Code* milite en faveur de l'admission des éléments de preuve plutôt que de leur exclusion. C'est leur exclusion, à

repute. I agree with the following comments of Chipman J.A., at pp. 166-67:

As to the third group of factors, I am satisfied that the exclusion of this evidence would bring the law into extreme disrepute in the eyes of any reasonable person, dispassionate and fully apprised of all of the circumstances. Among the factors that such a person would take into consideration are: (a) the reasonable and probable grounds which existed from making the breathalyzer demand; (b) had the [appellant] spoken to counsel, he would undoubtedly [have] been advised that it was an offence to refuse the breathalyzer samples; and (c) in view of Judge Sherar's dismissal of the impairment charge, no evidence other than that obtained pursuant to the statutory procedure was available to prove any offence arising out of the occurrence. While in view of the [appellant]'s waiver no urgency was involved, if this is not a case of waiver, then a degree of urgency arose as the two hour period began to draw a close.

That the respondent was a menace to himself, the police officers and any other user of the highway on the afternoon of May 18, 1991 is beyond question. Most reasonably dispassionate and fully informed persons would be appalled and dismayed at the exclusion of this evidence which so fully confirmed the officer's viva voce testimony of the [appellant]'s impairment. [Emphasis added.]

Accordingly, I would have had no hesitation in admitting the breathalyser evidence, had I found a breach of s. 10(b) of the *Charter*, which I do not.

In the result, I would dismiss the appeal and uphold the conviction of the appellant on the charge of violating s. 253(b) of the *Code*.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — While I share the views of the Chief Justice as to the scope of the obligation of the police regarding disclosure upon arrest or detention of existing and available duty counsel services, I agree with the reasons of Jus-

mon avis, qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je souscris aux observations qui suivent du juge Chipman (aux pp. 166 et 167):

[TRADUCTION] Quant au troisième groupe de facteurs, je suis convaincu que l'exclusion de ces éléments de preuve jetterait le discrédit total sur le système juridique aux yeux de toute personne raisonnable, impartiale et bien au fait de toutes les circonstances. Parmi les facteurs qu'une telle personne prendrait en considération, on compte: a) les motifs raisonnables et probables qu'avaient les policiers d'exiger les échantillons d'haleine; b) le fait que, si l'[appelant] avait communiqué avec un avocat, celui-ci lui aurait certainement dit que le refus de fournir les échantillons d'haleine constituait une infraction; c) vu que le juge Sherar a rejeté l'accusation de conduite avec facultés affaiblies, le seul élément de preuve relativement au fait constitutif de l'infraction consistait dans l'élément obtenu par le moyen prévu par la loi. Bien qu'il n'y ait pas eu d'urgence à cause de la renonciation de l'[appelant], s'il ne s'agit pas d'un cas de renonciation, alors il y avait une certaine urgence car le délai de deux heures tirait à sa fin.

Il est incontestable que l'intimé était un danger pour lui-même, pour les policiers et pour tous les autres automobilistes l'après-midi du 18 mai 1991. La plupart des personnes impartiales et bien informées seraient consternées par l'exclusion de cet élément de preuve, qui confirme en tous points le témoignage oral du policier relativement aux facultés affaiblies de l'[appelant]. [Je souligne.]

Je n'aurais, en conséquence, eu aucune hésitation à admettre la preuve obtenue au moyen des alcootests, si j'avais conclu à la violation de l'al. 10b) de la *Charte*, ce qui n'est pas le cas.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de maintenir la déclaration de culpabilité de l'appellant à l'égard de l'inculpation d'avoir enfreint l'al. 253b) du *Code*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — Quoique je souscrive aux propos du Juge en chef quant à l'étendue de l'obligation qu'a la police d'informer toute personne arrêtée ou mise en détention de l'existence de services d'avocats de garde, je suis

Le juge L'Heureux-Dubé as to the reasonable opportunity to be given a detainee to retain and instruct counsel, particularly as applied in the case of a demand for a breathalyser test pursuant to s. 254 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Like her, I conclude that appellant's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were not infringed and would, in any event, hold that the breathalyser evidence should not be excluded.

I would therefore dismiss the appeal and uphold the conviction of the appellant.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — This appeal, heard together with *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343, requires this Court to consider the ambit of the right of a detained person to "retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right" guaranteed by s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree with Chief Justice Lamer that the state is not constitutionally obliged to set up a state-funded duty counsel system. I also agree that when a duty counsel system exists, the authorities should advise the detained person of that fact. Thus I would answer what were styled as the main questions on the appeal in the same way as does the Chief Justice. The reasoning which leads me to these conclusions, however, differs somewhat from that of the Chief Justice.

I. The Ambit of the Right to Counsel in s. 10(b)

Section 10(b) guarantees the detained person the right "to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right". The right is conferred on every detained person, regardless of rank

d'accord avec les propos du juge L'Heureux-Dubé touchant la possibilité raisonnable à accorder à une personne détenue d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, plus particulièrement dans le cas d'un ordre de subir un alcootest donné conformément à l'art. 254 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Comme elle, je conclus qu'il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appellant et qu'il n'y a pas lieu de toute façon d'écarter la preuve obtenue au moyen de l'alcootest.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité de l'appellant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Dans le cadre du présent pourvoi, entendu en même temps que les affaires *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343, notre Cour doit examiner l'étendue du droit d'une personne détenue «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé[e] de ce droit», que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. J'estime, comme le juge en chef Lamer, que l'État n'est pas tenu, en vertu de la Constitution, d'établir un système d'avocats de garde, dont il assurerait le financement. Je reconnais également que les autorités doivent informer toute personne détenue de l'existence, le cas échéant, d'un système d'avocats de garde. En conséquence, je suis d'avis de répondre aux principales questions soulevées dans le présent pourvoi de la même manière que le Juge en chef. Cependant, mon raisonnement diffère quelque peu du sien.

I. La portée du droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b)

L'alinéa 10b) garantit à toute personne détenue le droit «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé[e] de ce droit». Ce droit est accordé à toute personne détenue, sans

or wealth or the availability of counsel at a particular time and place.

By its express wording, s. 10(b) has two components: (1) an informational component, and (2) an implementational component. The informational component entitles the detainee to information as to the nature of his or her right to retain and instruct counsel. Having been informed of his or her right to counsel and having been provided with the information necessary to the effective exercise of that right, the accused has a further right to be given an opportunity in fact to retain and instruct counsel, whether by use of the telephone or other means. If either the informational or implementational requirements are not satisfied, a breach of s. 10(b) may occur. Any evidence taken before the breach is remedied may be rendered inadmissible under s. 24(2) of the *Charter*. The answers to the questions posed on this appeal flow from these simple propositions.

The Obligation to Provide Duty Counsel

The first question is whether this Court should hold that each province has a constitutional obligation under s. 10(b) of the *Charter* to establish a free system of duty counsel available to detainees at all times — to ensure, as the Chief Justice puts it, at p. 247, “that free and immediate preliminary legal advice is available upon arrest or detention”. I would answer this question in the negative, for two reasons. First, I find no power in the Court to make such an order. Second, such an order is, in my view, unnecessary.

First, I can see no authorization in the *Charter* for a judicial order requiring the provincial or federal government to adopt a program of duty counsel. The framers of the *Charter* carefully defined the remedial powers of the Court for *Charter* breaches. In the case of legislation which offends the *Charter*, the court may so declare, rendering the law invalid under s. 52 of the *Constitution Act*,

distinction de rang ou de richesse ou quelle que soit la possibilité de recourir aux services d'un avocat à une heure et à un lieu donnés.

^a De par son libellé, l'al. 10b) comporte deux volets: (1) un volet information, et (2) un volet mise en application. En vertu du premier, une personne détenue peut obtenir des renseignements sur la nature de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Après avoir été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et avoir reçu les renseignements requis pour lui permettre de bien exercer ce droit, l'accusé a ensuite le droit de se voir accorder la possibilité d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, que ce soit par téléphone ou autrement. Si l'une de ces exigences n'est pas respectée, il peut y avoir violation de l'al. 10b). Tout élément de preuve recueilli avant réparation de la violation peut être déclaré inadmissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Les réponses aux questions soulevées dans le présent pourvoi découlent de ces simples propositions.

^e *L'obligation de fournir les services d'avocats de garde*

^f La première question est de savoir si notre Cour devrait statuer que chaque province a l'obligation constitutionnelle d'établir, en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*, un système gratuit d'avocats de garde, dont pourrait en tout temps bénéficier une personne détenue — «pour qu'une personne mise en état d'arrestation ou placée en détention puisse obtenir sans frais et sans délai des conseils juridiques préliminaires», pour reprendre les propos du Juge en chef, à la p. 247. Je suis d'avis de répondre par la négative à cette question. Premièrement, selon moi, notre Cour n'a aucun pouvoir de rendre une telle ordonnance. Deuxièmement, une telle ordonnance serait, à mon avis, inutile.

ⁱ En premier lieu, la *Charte* n'autorise pas un tribunal à exiger d'un gouvernement, provincial ou fédéral, qu'il adopte un programme d'avocats de garde. Les auteurs de la *Charte* ont soigneusement défini les pouvoirs de notre Cour en matière de réparation en cas de violations de la *Charte*. Dans le cas d'une loi contraire à la *Charte*, le tribunal peut rendre un jugement déclaratoire en ce sens,

1982. In the case of evidence obtained in contravention of rights guaranteed by the *Charter*, the remedy lies under s. 24(2). The court may exclude such evidence, if it is satisfied that to receive it would bring the administration of justice into disrepute. The final power of the court is the granting under s. 24(2) of such remedy as the court may find appropriate and just in the circumstances on the application of a person whose rights have been infringed.

None of these provisions empowers a court to require the government of a province or any other agency to set up a program aimed at avoiding *Charter* breaches. The remedy envisioned by the *Charter* for breaches such as those alleged in this case is a decision by a judge under s. 24(2) to exclude or admit the evidence obtained in contravention of the applicant's rights.

This brings me to the second reason for rejecting the submission that this Court should "compel" provinces to implement duty counsel systems. No such order is necessary because the *Charter* provides its own scheme of enforcement. It does not require governments to take anticipatory action to prevent *Charter* breaches, although in the spirit of lawful compliance they ordinarily do so. Rather, it sets up a scheme which puts governments to a choice. It defines the rights of each individual and stipulates the consequences of violation. The state may choose to take measures to prevent *Charter* breaches, knowing that as a consequence evidence obtained will be receivable against the accused, provided it meets general criteria of admissibility. On the other hand, if the state fails to take such measures and permits *Charter* breaches, it faces the prospect that the evidence obtained in violation of the *Charter* may be ruled inadmissible under s. 24(2). Only in this sense does the *Charter* impose "requirements" on the state. Since the prospect of being unable to adduce evidence against an accused often means that the prosecution cannot proceed, the net effect of the

déclarant la loi inopérante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans le cas d'éléments de preuve obtenus en contravention des droits garantis par la *Charte*, réparation peut être demandée en vertu du par. 24(2). Le tribunal peut écarter ces éléments de preuve s'il est convaincu que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Enfin, un tribunal peut, sur demande de la personne victime d'une violation, accorder la réparation qu'il estime convenable et juste, en application du par. 24(2), eu égard aux circonstances.

Aucune de ces dispositions n'autorise un tribunal à exiger d'un gouvernement provincial ou de tout autre organisme qu'il établisse un programme destiné à empêcher les violations de la *Charte*. Dans le cas de violations comme celles qui auraient été commises en l'espèce, la réparation prévue par la *Charte* est la décision d'un juge d'écarter, en vertu du par. 24(2), les éléments de preuve obtenus en contravention des droits du requérant, ou encore d'en permettre l'utilisation.

Cela m'amène au second motif pour lequel il y a lieu de rejeter l'idée selon laquelle notre Cour devrait «forcer» les provinces à mettre en œuvre des systèmes d'avocats de garde. Il n'est pas nécessaire de rendre une telle ordonnance parce que la *Charte* renferme son propre mécanisme d'application. Elle n'exige pas des gouvernements qu'ils prennent des mesures par anticipation pour empêcher les violations de la *Charte*, ce qu'ils font d'ailleurs habituellement par souci du respect de la loi. La *Charte* établit plutôt un régime qui offre un choix aux gouvernements. Elle définit les droits de chaque personne et prévoit quelles sont les conséquences d'une violation. L'État peut choisir de prendre des mesures pour empêcher les violations de la *Charte*, sachant que, de ce fait, la preuve obtenue sera recevable à l'encontre de l'accusé, si elle répond aux critères généraux d'admissibilité. Par contre, si l'État omet de prendre de telles mesures et permet les violations de la *Charte*, il risque que la preuve obtenue en contravention de la *Charte* soit jugée inadmissible en vertu du par. 24(2). Ce n'est qu'en ce sens que la *Charte* impose des «exigences» à l'État. Puisque la possibilité

scheme which Parliament has set up in the *Charter* is substantial compliance.

This mechanism has worked well in other areas where the manner in which the administration of justice was operating tended systematically to produce breaches of the *Charter*. In *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, this Court concluded that the system of justice in some areas of the country was violating the rights of accused persons under s. 11(b) to be tried within a reasonable time. It was not suggested in that case that the solution lay in ordering provinces to comply. Rather, the solution lay in ordering a stay of proceedings in cases of abuse under s. 24(1) of the *Charter*. As a result, the time in which accused persons are brought to trial appears to have been dramatically reduced.

It will be seen that I do not see the need for a judicially imposed “holding-off” period when counsel cannot immediately be made available. In my view, there is nothing in the language of s. 10(b) that authorizes this Court to dilute the right to counsel by imposing a “holding-off” period. The words of s. 10(b) clearly state that a detainee has the right to retain and instruct counsel without delay. It is problematic to suggest that courts can extend the period of “delay” for up to 48 hours or more. For example, if an accused is arrested on a Friday evening, it cannot be said that “allowing” the detainee to wait in detention until the Legal Aid offices open on Monday morning provides the detainee with the opportunity to retain and instruct counsel “without delay”.

While the police may choose to “hold off” — for example, where it appears that counsel will become available shortly — they are not obliged to do so. Ultimately, whether or not they “hold off”, if they take evidence from the detainee in violation of his or her rights, the authorities must be prepared to accept the risk that the evidence may not

qu’un élément de preuve ne soit pas présenté contre un accusé signifie souvent que le ministère public ne pourra pas continuer la procédure en question, le régime établi par le législateur dans la *a Charte* a donc pour effet d’en favoriser grandement le respect.

Ce mécanisme a bien fonctionné dans d’autres domaines où l’administration même de la justice *b* avait systématiquement tendance à donner lieu à des violations de la *Charte*. Dans l’arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, notre Cour a conclu *c* que, dans certaines régions du pays, le système de justice avait pour effet de contrevenir au droit d’un accusé d’être jugé dans un délai raisonnable en vertu de l’al. 11b). Dans cet arrêt, on n’a pas proposé que la solution était d’ordonner aux provinces de se conformer à la disposition en question. La *d* solution est plutôt d’ordonner un arrêt des procédures, en vertu du par. 24(1) de la *Charte* dans les cas où il y a eu abus. À la suite de cet arrêt, il paraît y avoir eu une importante réduction des délais antérieurs au procès.

Comme on pourra le constater, je ne vois pas la *e* nécessité qu’un tribunal impose un «sursis» dans les cas où aucun avocat n’est disponible immédiatement. À mon avis, le libellé de l’al. 10b) n’auto- *f* rise pas notre Cour à réduire la portée du droit à l’assistance d’un avocat en imposant un «sursis». L’alinéa 10b) indique clairement que toute personne détenue a le droit d’avoir recours sans délai *g* à l’assistance d’un avocat. Il est problématique de laisser entendre que les tribunaux peuvent prolonger le «délai» de 48 heures ou plus. Par exemple, si une personne est arrêtée le vendredi soir, on ne peut affirmer que c’est lui donner la possibilité *h* d’avoir recours «sans délai» à l’assistance d’un avocat que de lui «permettre» d’attendre en détention jusqu’à l’ouverture des bureaux de l’aide juridique le lundi matin.

Bien que la police puisse choisir de «surseoir» à toute mesure — par exemple, dans les cas où il *i* appert qu’un avocat sera disponible sous peu — elle n’est pas tenue de le faire. En fin de compte, que les autorités «sursoient» ou non à toute *j* mesure, si elles obtiennent une preuve d’une personne détenue en contravention de ses droits, elles

be admissible against the detainee at trial. The question of the receivability of such evidence is for the trial judge under s. 24(2) of the *Charter*, to be exercised in accordance with the principles generally applicable to s. 24(2) as outlined in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. This applies in all cases, even where the *Criminal Code* prescribes that evidence must be taken within a stipulated time period, as for breathalyser tests. A detainee's constitutional rights are not attenuated simply because Parliament chooses to set a time limit for gathering a particular kind of evidence. At the same time, the urgency of the situation may be a factor weighing in favour of reception of the evidence when s. 24(2) is applied.

The *Charter* thus places the authorities who detain a person in the following situation: if they wish to be certain that evidence obtained can be used subsequently against the detainee, they must take steps to ensure that the detained person is told of his or her right to retain and instruct counsel without delay, and, if a request for counsel is made, must provide the detainee with an opportunity to exercise that right. One way of ensuring the latter may be by instituting a system of free duty counsel. But other means may exist; for example, it may be that the provincial bar arranges for someone to be available at all times to accused persons, as we were told was the case in Alberta. If the authorities find it impractical or impossible to grant the detainee his or her right to counsel without delay, they run the risk that any evidence taken in the interim may be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. They may as a consequence choose not to take evidence from the detainee in the interim. Or they may choose to do so, knowing that the evidence may be ruled inadmissible at the trial, and that they subsequently may be held to

doivent être disposées à courir le risque que cette preuve ne soit pas admissible contre cette personne au procès. Il appartient au juge de première instance de trancher la question de la recevabilité de ces éléments de preuve en conformité avec les principes généralement applicables au par. 24(2) de la *Charte*, formulés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Cela s'applique dans tous les cas, même lorsque le *Code criminel* prévoit que des éléments de preuve doivent être recueillis à l'intérieur d'un délai stipulé, comme dans le cas des alcootests. Les droits que la Constitution garantit à toute personne détenue ne sont pas moindres du seul fait que le législateur a choisi de fixer un délai pour recueillir un type particulier de preuve. Par ailleurs, l'urgence de la situation peut constituer un facteur militant en faveur de l'utilisation de la preuve lorsque l'on applique le par. 24(2).

La *Charte* place les autorités qui détiennent une personne dans la situation suivante: si elles désirent s'assurer que les éléments de preuve obtenus pourront être utilisés ultérieurement contre la personne détenue, elles doivent prendre des mesures pour que la personne en détention soit informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et, si elle demande à parler à un avocat, lui fournir la possibilité d'exercer ce droit. Une façon d'assurer l'exercice de ce droit est d'établir un système d'avocats de garde. Cependant, il peut aussi exister d'autres moyens; par exemple, le barreau d'une province peut prendre des dispositions pour que tout accusé ait en tout temps accès à un avocat, ce qui, selon les témoignages, serait le cas en Alberta. Si les autorités estiment qu'il n'est pas pratique ou possible de permettre à une personne détenue d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, elles courent le risque que toute preuve obtenue entre-temps soit écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Elles peuvent donc de ce fait décider de ne pas obtenir entre-temps de preuve de la personne détenue. Elles peuvent aussi décider d'obtenir une preuve, sachant fort bien qu'elle risque d'être déclarée inadmissible au procès, et qu'elles auront de ce fait à en rendre compte; voir les commentaires du juge

public account for such a result: see comments of Cory J. in *Askov*, *supra*, at pp. 1223-24.

Cory dans l'arrêt *Askov*, précité, aux pp. 1223 et 1224.

The Informational Component of s. 10(b) of the Charter

Le volet information de l'al. 10b) de la Charte

The second question raised on this appeal is what s. 10(b) requires a detainee to be told about the right to retain and instruct counsel without delay. The answer to this question depends on the content of the right. Section 10(b) states that the detainee is entitled to be informed of "that right", referring back to the right to retain and instruct counsel.

La deuxième question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir ce qu'il faut dire à une personne détenue, en vertu de l'al. 10b), quant à son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. La réponse à cette question dépend du contenu de ce droit. L'alinéa 10b) précise que toute personne détenue a le droit d'être informée de «ce droit», c'est-à-dire du droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

As I noted earlier, the right to retain and instruct counsel without delay is conferred on every detained person, regardless of rank or wealth or the availability of counsel at a particular time and place. This does not mean that even detainees who can afford private counsel are constitutionally entitled to free legal advice on detention, nor does it mean that there is a constitutional obligation on the part of provincial governments to supply 24-hour duty counsel systems. Rather, it means that the *Charter* right to counsel cannot be denied to some Canadian citizens merely because their financial situation prevents them from being able to afford private legal assistance. The poor are not constitutional castaways. Nor can detainees be denied their s. 10(b) rights by reason of the time or place of their detention. A person arrested in a province in which no duty counsel system exists has the same rights under s. 10(b) as a person arrested in a province in which duty counsel can be contacted on a 24-hour basis. The scope and content of the right to retain and instruct counsel does not vary geographically. As a matter of practice, however, the actual availability of counsel may vary from province to province. Where no system of free and immediate, preliminary legal assistance has been

Comme je l'ai fait remarquer, toute personne détenue a le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, sans distinction de rang ou de richesse ou encore quelle que soit la possibilité d'avoir recours aux services d'un avocat à une heure et dans un lieu donnés. Cela ne signifie pas qu'une personne détenue qui a les moyens de recourir aux services d'un avocat de cabinet privé a, en vertu de la Constitution, le droit d'avoir recours à des services juridiques gratuits en cas de détention, ni qu'il existe une obligation constitutionnelle pour les gouvernements provinciaux d'offrir des systèmes d'avocats de garde 24 heures par jour. Cela signifie plutôt qu'on ne peut refuser à des citoyens canadiens le droit à l'assistance d'un avocat, prévu dans la *Charte*, simplement parce qu'ils n'ont pas les moyens de recourir aux services d'un avocat de cabinet privé. Les personnes démunies ne sont pas des parias constitutionnels. En outre, une personne détenue ne peut, à cause de l'heure ou du lieu de sa détention, être privée des droits que lui garantit l'al. 10b). Une personne arrêtée dans une province où il n'existe pas de système d'avocats de garde a, en vertu de l'al. 10b), les mêmes droits qu'une personne arrêtée dans une province où un avocat de garde peut être joint 24 heures par jour. La portée et le contenu du droit à l'assistance d'un avocat ne varie pas d'une région à l'autre. Cependant, en pratique, la possibilité réelle d'avoir recours aux services d'un avocat varie d'une province à l'autre. Dans les cas où il n'existe pas de services juridiques gratuits et

put in place, violations of the right to retain and instruct counsel without delay may occur.

This Court has emphasized that the purpose of s. 10(b) is to allow a detainee not only to be informed of his rights and obligations, but also to obtain advice as to how to exercise those rights: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43. The detained person is entitled to this advice in a “timely and comprehensible” manner: *R. v. Dubois* (1990), 54 C.C.C. (3d) 166, [1990] R.J.Q. 681 (Que. C.A.). This suggests that to comply with the *Charter*, the caution given on detention must, at a minimum, convey the following information to a detainee about the scope of his or her right to counsel under s. 10(b):

(1) It must convey to the detainee that he or she has the right to contact counsel without delay. Phrases such as “You have the right to contact a lawyer immediately” or “You have the right to call a lawyer now” are examples of ways in which this aspect of the right might be communicated to detainees.

(2) It must convey to the detainee that his or her right to contact counsel immediately is a right which does not depend on the ability to afford private counsel.

This comprises the minimum information that must be given to all detainees in all jurisdictions, whether or not duty counsel actually exists in the jurisdiction at the time of detention. In jurisdictions where no such systems exist, the information component need only impart information about the right to retain and instruct counsel immediately and regardless of financial means. The detainee has the right to be informed of this right, even if it is apparent that there is no means by which it can be achieved. At very least, a detainee so advised will know that the police are thereafter acting in

immédiats, il peut se produire des violations du droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat.

^a Notre Cour a fait ressortir que l’objet de l’al. 10(b) est de permettre à la personne détenue non seulement d’être informée de ses droits et obligations, mais aussi d’obtenir des conseils sur la façon d’exercer ces droits: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1242 et 1243. La personne détenue a le droit d’obtenir des conseils [TRADUCTION] «en temps utile et de façon compréhensible»: *R. c. Dubois* (1990), 54 C.C.C. (3d) 166, [1990] R.J.Q. 681 (C.A. Qué.). Ce qui suppose que, pour être conforme à la *Charte*, la mise en garde doit tout au moins donner à la personne détenue les renseignements suivants sur l’étendue de son droit à l’assistance d’un avocat en vertu de l’al. 10(b):

(1) La personne détenue doit être informée qu’elle a le droit de communiquer sans délai avec un avocat. Des formulations comme: «Vous avez le droit de communiquer immédiatement avec un avocat» ou «Vous avez le droit de communiquer maintenant avec un avocat» constituent de bonnes façons de communiquer cet aspect du droit garanti à une personne en détention.

(2) La personne détenue doit être informée que son droit de communiquer immédiatement avec un avocat est un droit qui n’est pas lié à sa capacité d’assumer les frais d’un avocat de cabinet privé.

^b Ce sont là les renseignements minimaux qui doivent être transmis à toute personne détenue dans un ressort donné, qu’il y existe ou non un système d’avocats de garde au moment de la détention. Dans les ressorts où un tel système n’existe pas, le volet information se limite à fournir des renseignements sur le droit de la personne détenue d’avoir recours à l’assistance d’un avocat immédiatement, quels que soient ses moyens financiers. Toute personne détenue a le droit d’être informée de ce droit, même s’il est évident qu’il n’existe aucun moyen de s’en prévaloir. La personne détenue sait

violation of his or her rights and be able to conduct him or herself accordingly.

The majority of this Court ruled in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, that where a duty counsel system exists, the accused should also be informed of that fact. Thus, in those jurisdictions in which there exists some provision for free and immediate, preliminary legal advice, there is an additional requirement under the informational component of s. 10(b) to inform a detainee of the existence and availability of such services in the jurisdiction at the time of detention, including the means by which counsel can be accessed: see reasons of Lamer C.J. in *Bartle*, *supra*, released concurrently.

The Implementational Component of s. 10(b) of the Charter

Once the detainee has been informed of the right to retain and instruct counsel without delay and indicates that he or she wishes to retain counsel, we enter the “implementational” stage of s. 10(b). The *Charter* does not guarantee that the detainee will in fact consult counsel. It does, however, guarantee the detainee an opportunity to consult counsel. This must mean, if the words of s. 10(b) are taken at their face value, that the detainee is to be afforded the means of consulting counsel. (The rights conferred by s. 10(b), unlike the right to be free from unreasonable search and seizure and the right to be tried within a reasonable time, are not conditioned by the word “reasonable” or any other limitation.) If the detainee does not avail himself or herself of these means, his or her rights are not breached. If, on the other hand, the means of retaining and instructing counsel without delay are denied the detainee, his or her s. 10(b) rights are breached.

There may be many reasons why a detainee, properly informed of his s. 10(b) right, is unable to implement it. The question of whether the accused has established this (the onus of establishing a *Charter* breach lies on the accused), is one of fact for resolution by the trial judge on all of the evi-

alors tout au moins qu’il y a violation de ses droits par la police, et elle peut se comporter en conséquence.

Dans l’arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, notre Cour, à la majorité, a statué que, s’il existe un système d’avocats de garde, l’accusé doit aussi en être informé. En conséquence, dans les ressorts où il existe des services juridiques préliminaires gratuits et immédiats, le volet informationnel de l’al. 10b) impose une obligation supplémentaire d’informer une personne détenue de l’existence de ces services à l’intérieur du ressort au moment de la détention ainsi que de la façon d’y avoir accès: voir les motifs du juge en chef Lamer dans l’arrêt *Bartle*, précité, rendu simultanément.

Le volet mise en application de l’al. 10b) de la Charte

Une fois que la personne détenue a été informée de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et qu’elle indique son désir de le faire, nous passons à l’étape de la «mise en application» du droit garanti à l’al. 10b). La *Charte* ne garantit pas que la personne détenue consultera en fait un avocat. Elle garantit cependant à la personne détenue une possibilité de le faire. Cela signifie, selon la lettre même de l’al. 10b), qu’il faut offrir à la personne détenue les moyens de consulter un avocat. (Contrairement au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives et au droit d’être jugé dans un délai raisonnable, les droits conférés par l’al. 10b) ne sont pas nuancés par le mot «raisonnable» ou par toute autre restriction.) Si la personne détenue ne profite pas des moyens qui lui sont offerts, il n’y a pas violation de ses droits. Par contre, si l’on n’offre pas à cette personne les moyens d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat, il y a violation des droits que lui garantit l’al. 10b).

Il peut exister bien des raisons pour lesquelles une personne détenue, convenablement informée de son droit en vertu de l’al. 10b), ne sera pas en mesure de l’exercer. La question de savoir si l’accusé s’est acquitté de la charge (qui lui incombe) d’établir qu’il y a eu violation de la *Charte* est une

dence. The question in each case is whether the detainee has been effectively informed of his or her rights and has been given the opportunity, or the means, to retain and instruct counsel without delay.

If a breach of s. 10(b) is established, the further question arises of whether any evidence taken before the breach was remedied should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. I agree with the Chief Justice's comments on s. 24(2). I would, however, add this. As Cory J. emphasized in *Askov*, *supra*, at p. 1225, "the lack of institutional facilities can never be used as a basis for rendering [a *Charter*] guarantee meaningless". To justify systematically the breach of a detainee's right to counsel on the basis that it is too difficult or too expensive to provide the means by which the right may be exercised would seriously undermine a right which the *Charter* enshrines.

Summary

Every person detained by the police has the right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. This means that every detainee is entitled to an opportunity to retain and instruct counsel without delay, regardless of the time and place of the detention or the fact that the detainee has no money.

The right consists of an informational component and an implementational component. Under the informational component, the duty of the police is to tell the detainee about his or her actual constitutional right, even where the means by which it can be exercised may not seem to be at hand. At the very least, police must inform all detainees that they are entitled to have an opportunity to contact counsel immediately, and that their right to do so is not dependent on their ability to afford a private lawyer. In those jurisdictions which provide some system of free, preliminary legal advice, the police must additionally inform

question de fait à trancher par le juge du procès en fonction de l'ensemble de la preuve. Dans chaque cas, la question est de savoir si la personne détenue a été bien informée de ses droits et si elle a eu la possibilité ou les moyens d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

Si l'on fait la preuve qu'il y a eu violation de l'al. 10b), la question est ensuite de savoir si la preuve obtenue avant réparation de la violation devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Je suis d'accord avec les commentaires que le Juge en chef fait relativement au par. 24(2). Cependant, j'aimerais ajouter ceci. Comme le juge Cory l'a souligné dans l'arrêt *Askov*, précité, à la p. 1225, «la pénurie d'installations institutionnelles ne peut pas servir à vider de tout sens la garantie fournie par [la *Charte*]». Justifier systématiquement la violation du droit d'une personne détenue à l'assistance d'un avocat, en soutenant qu'il est trop difficile ou trop coûteux de mettre en œuvre les moyens d'exercer ce droit, viendrait sérieusement contrecarrer un droit garanti par la *Charte*.

Sommaire

Toute personne détenue par la police a le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit. Ce qui signifie que cette personne doit avoir une possibilité d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, quels que soit l'heure et le lieu de la détention ou indépendamment du fait que la personne détenue n'a pas d'argent.

Le droit en question comprend un volet informationnel et un volet mise en application. Dans le premier cas, la police a le devoir d'informer la personne détenue du droit que lui garantit la Constitution, même si les moyens de l'exercer ne semblent pas exister. La police doit tout au moins informer toute personne détenue qu'elle a le droit d'avoir la possibilité de communiquer immédiatement avec un avocat, et que ce droit n'est pas lié à la capacité d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. Dans les ressorts qui offrent un système de conseils juridiques préliminaires gratuits, la police doit aussi informer toute personne détenue de l'exis-

detainees of the existence and availability of these services, as well as the means by which such advice can be accessed.

Under the implementational component, s. 10(b) requires that the detainee be given an opportunity, or the means, to “retain and instruct counsel without delay”. If the detainee chooses not to contact counsel, no breach results. If the legal system fails to provide the detainee with the opportunity to consult counsel without delay for whatever reason — be it lack of facilities, information, willing counsel or some other impediment — breach of s. 10(b) is established. If evidence is taken in contravention of this duty, its admissibility falls to be decided under s. 24(2) of the *Charter*.

II. Application of the Law to the Facts of this Case

The Informational Component of s. 10(b)

The appellant was arrested for theft of a motor vehicle at 3:38 p.m. on a Saturday afternoon. The arresting officer, Constable Young, advised the appellant of his right to counsel, reading from a card as follows:

... you have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer you wish. You have the right to apply for legal assistance without charge through the Provincial Legal Aid Program.

Constable Young further advised the appellant that a list of Legal Aid lawyers' home telephone numbers would be provided to him should he wish to contact one of them. The officer was unaware at the time of the detention that the Legal Aid lawyers had entered into a work-to-rule campaign two days earlier, refusing to take calls from detainees after regular office hours.

Following the primary caution, which the appellant indicated he understood, Constable Young observed signs of impairment and concluded that

tence et de l'accessibilité de ces services, ainsi que des moyens d'y avoir accès.

Pour ce qui est du volet mise en application, il faut, en vertu de l'al. 10b), donner à la personne détenue la possibilité ou les moyens «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat». Si la personne détenue décide de ne pas communiquer avec un avocat, il n'y a pas de violation. Si, pour une raison quelconque, le système juridique ne permet pas d'offrir à la personne détenue la possibilité de communiquer sans délai avec un avocat — que ce soit à cause d'un manque d'installations, de renseignements, d'avocats intéressés à offrir ces services ou de tout autre empêchement — la violation de l'al. 10b) se trouve établie. Si des éléments de preuve sont obtenus en contravention de cette obligation, il faut en déterminer l'admissibilité en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

II. Application du droit aux faits de l'espèce

Le volet information de l'al. 10b)

L'appellant a été arrêté pour vol d'un véhicule à moteur à 15 h 38, un samedi après-midi. L'agent Young l'a avisé de son droit à l'assistance d'un avocat, lui lisant la mise en garde suivante:

[TRADUCTION] . . . vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Vous pouvez téléphoner à l'avocat de votre choix. Vous avez le droit de demander des conseils gratuits dans le cadre du régime d'aide juridique de la province.

L'agent Young a ensuite fait savoir à l'appellant qu'il lui remettrait, s'il le désirait, une liste des numéros de téléphone à domicile des avocats de l'aide juridique. Au moment de la détention, l'agent ne savait pas que les avocats de l'aide juridique avaient commencé une grève du zèle deux jours auparavant, et qu'ils refusaient de prendre des appels des personnes détenues après les heures de bureau.

Après la mise en garde initiale, que l'appellant a dit avoir comprise, l'agent Young a observé des signes de facultés affaiblies et conclu que la capa-

the appellant's ability to drive was impaired by alcohol. At this point he made a breathalyser demand on the appellant, and asked him whether he would take the test or if he would like to talk to a lawyer first. The appellant stated that he wanted to consult a lawyer prior to giving a breath sample.

In my view, the primary caution, combined with the secondary instructions which accompanied the breath demand, effectively communicated to the appellant that he was entitled to contact a lawyer immediately, and that his right to do so was not dependent on his ability to afford private counsel. Although there was no effective system of duty counsel in the jurisdiction at the time of the detention because of a work-to-rule campaign among Legal Aid lawyers, Constable Young was unaware of this fact at the time the demand was read. As such, he correctly informed the appellant that he would be given a list of Legal Aid lawyers' telephone numbers if such was requested. In all the circumstances, I would find that requirements of the informational component of s. 10(b) were met in this case.

The Implementational Component of s. 10(b)

Having been properly informed of his rights, the appellant promptly indicated a desire to speak to counsel. He was then taken to a cubicle, provided with a telephone, and given a list of home phone numbers of Legal Aid lawyers. After trying for approximately 37 minutes, the appellant was unable to reach any of the 12 lawyers on the list. Upon exhausting the list provided to him, the appellant was asked by Constable Young if he would like to try to contact other lawyers, and was offered a phone book. The appellant declined to use the telephone book, indicating that he could not afford a lawyer on his own. Shortly thereafter, the appellant agreed to take the breathalyser tests. Both tests registered blood-alcohol readings well above the legal limit.

In my opinion, the requirements of the implementational component of s. 10(b) were not satisfied in this case. The appellant clearly indicated a

cité de conduire de l'appellant était affaiblie par l'alcool. L'agent a alors ordonné à l'appellant de subir un alcootest et il lui a demandé s'il préférerait se soumettre au test ou parler tout d'abord à un avocat. L'appellant a dit qu'il voulait parler à un avocat avant de donner un échantillon d'haleine.

À mon avis, la mise en garde initiale et les directives secondaires qui accompagnaient la demande d'alcootest ont effectivement transmis à l'appellant qu'il avait le droit de communiquer immédiatement avec un avocat et que ce droit n'était pas lié à sa capacité d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. À l'époque de la mise en détention, il n'existait dans le ressort en question aucun véritable système d'avocats de garde à cause d'une grève du zèle chez les avocats de l'aide juridique, chose qu'ignorait l'agent Young lorsqu'il a lu l'ordre relatif à l'alcootest. En conséquence, il a correctement informé l'appellant qu'on lui remettrait une liste des numéros de téléphone des avocats de l'aide juridique s'il le désirait. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je suis d'avis que les exigences du volet information de l'al. 10b) ont été respectées en l'espèce.

Le volet mise en application de l'al. 10b)

Une fois convenablement informé de ses droits, l'appellant a indiqué avec diligence qu'il souhaitait communiquer avec un avocat. Il a ensuite été conduit dans une petite pièce où il y avait un téléphone et où on lui a remis une liste des numéros de téléphone à domicile des avocats de l'aide juridique. Après environ 37 minutes, l'appellant n'avait réussi à joindre aucun des 12 avocats dont le nom figurait sur la liste. Par la suite, l'agent Young lui a demandé s'il souhaitait appeler d'autres avocats et il lui a remis un bottin. L'appellant a refusé de l'utiliser et a dit à l'agent qu'il n'avait pas les moyens de recourir aux services d'un avocat. Peu après, l'appellant a accepté de se soumettre aux alcootests. Les deux tests indiquaient que l'alcoolémie de l'appellant était bien au-dessus des limites permises.

À mon avis, les exigences du volet mise en application de l'al. 10b) n'ont pas été respectées en l'espèce. L'appellant avait clairement indiqué qu'il

desire to speak to counsel prior to giving evidence, and he was diligent in pursuing his right. He tried at length to contact a Legal Aid lawyer, eventually exhausting the list provided to him. When offered the use of the Yellow Pages, he declined, expressing his concern that he could not afford private counsel. I agree with Lamer C.J. that in the circumstances it would be unreasonable to expect the appellant to have done anything more than he did. I also agree with the Chief Justice's conclusion that the appellant did not waive his right to counsel when — "out of frustration" — he finally agreed to submit to the breathalyser tests. As Lamer C.J. puts it (at p. 281); the appellant was prevented from exercising his right to counsel, "because of institutional conditions entirely beyond his control". This violated s. 10(b) of the *Charter*.

Section 24(2)

Having concluded that the appellant's right to counsel was infringed, the question remains whether the breathalyser evidence obtained following the breach of the right to counsel should be excluded. For the reasons given by Lamer C.J., I am in agreement that the admission of the breathalyser evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute.

Accordingly, I would dispose of the appeal in the same manner as Lamer C.J.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I have read and agree with the principles expressed by the Chief Justice but disagree in his conclusion that the appeal be allowed.

I agree with the Court of Appeal for Nova Scotia that the accused in the circumstances was properly advised and had a reasonable opportunity to

souhaitait parler à un avocat avant de fournir des éléments de preuve et il a fait preuve de diligence dans l'exercice de son droit. Il a longuement tenté de communiquer avec un avocat de l'aide juridique, utilisant tous les noms sur la liste qui lui avait été remise. Lorsqu'on lui a demandé s'il voulait consulter les Pages jaunes, il a refusé, indiquant qu'il craignait ne pas avoir les moyens de recourir aux services d'un avocat de cabinet privé. Comme le juge en chef Lamer, j'estime que, dans les circonstances, il serait déraisonnable de s'attendre à plus de la part de l'appelant que ce qu'il a fait. Je conviens également avec le Juge en chef que l'appelant n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat lorsqu'il a, «par pure frustration», obtempéré à l'ordre de se soumettre aux alcootests. Comme l'affirme le juge en chef Lamer (à la p. 281), l'appelant a été empêché d'exercer son droit à l'assistance «en raison de conditions institutionnelles complètement indépendantes de sa volonté». Il y a eu violation de l'al. 10b) de la *Charte*.

e Le paragraphe 24(2)

Puisque j'ai conclu qu'il y a eu violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat, il me reste maintenant à déterminer s'il y a lieu d'écarter la preuve des alcootests obtenue après la violation du droit à l'assistance d'un avocat. Pour les motifs formulés par le juge en chef Lamer, je suis d'accord pour dire que l'utilisation de la preuve sous forme d'échantillons d'haleine est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En conséquence, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la même façon que le juge en chef Lamer.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Je suis d'accord avec les principes que le Juge en chef expose dans ses motifs. Je ne suis toutefois pas d'accord avec sa conclusion que le pourvoi devrait être accueilli.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse pour dire que, dans les circonstances, l'accusé a reçu un avis suffisant et a eu une

contact counsel prior to taking the breathalyser test in accordance with his s. 10(b) rights.

The police officers advised him of the legal aid program in Nova Scotia as they understood it. However, it was unknown to them at the time that lawyers forming the legal aid system in Nova Scotia were effectively on strike and unavailable for consultation.

Once aware of this the police officers provided the appellant with a list of lawyers not part of legal aid. The accused, as he was entitled to, chose not to attempt to reach any of them. That was a decision he was entitled to make and having done so is now precluded from alleging a breach of his s. 10(b) rights.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Nova Scotia Legal Aid, Dartmouth.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitors for the interveners: McCarthy, Tétrault, Toronto.

possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat avant de subir l'alcootest, conformément aux droits que lui garantit l'al. 10b).

Les policiers l'ont informé de ce qu'ils savaient du programme d'aide juridique en Nouvelle-Écosse. Cependant, ils ignoraient alors que les avocats de l'aide juridique en Nouvelle-Écosse étaient en grève et ne pouvaient être consultés.

Après avoir été mis au courant de cette situation, les policiers ont fourni à l'appelant une liste d'avocats ne faisant pas partie de l'aide juridique. Comme il en avait le droit, l'accusé a choisi de ne pas tenter d'en joindre un. C'était une décision qu'il avait le droit de prendre et, l'ayant prise, il ne peut donc plus alléguer une violation des droits que lui garantit l'al. 10b).

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelant: Nova Scotia Legal Aid, Dartmouth.

Procureur de l'intimé: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureurs de l'intervenant: McCarthy, Tétrault, Toronto.