

Clarence Wayne Brownridge *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1972: March 7; 1972: June 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law—Civil rights—Motor vehicles—Impaired driving—Breath test—Right to counsel—Refusal to take breath test until lawyer contacted—"Reasonable excuse"—Canadian Bill of Rights, 1960 (Can.), c. 44, s. 2(c)(ii)—Criminal Code, 1953-54 (Can.), c. 51, ss. 7(2), 222, 223.

The appellant was arrested for impaired driving and, at the police station, was requested to submit to a breath test. He asked for an opportunity to speak to his lawyer and refused to give a breath sample when he was denied that opportunity. Two hours later, having spoken with his lawyer, he asked for an opportunity to give a sample of his breath. That offer was refused.

The appellant was convicted of failing, without reasonable excuse, to provide a sample of his breath for analysis upon a demand made pursuant to s. 223(1) of the *Criminal Code*. On an appeal by way of stated case, the conviction was set aside on the ground that the denial of the appellant's request to consult counsel afforded him a reasonable excuse to refuse to give a breath sample. On a further appeal by the Crown, the Court of Appeal restored the conviction. The appellant was granted leave to appeal to this Court.

Held (Abbott, Judson and Pigeon JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction quashed.

Per Fauteux C.J. and Martland, Ritchie and Spence JJ.: The refusal of the police constable to permit the appellant to speak to his lawyer, in the circumstances of this case, deprived him of the right to retain and instruct counsel without delay, and constituted a reasonable excuse for his refusal to comply with the

Clarence Wayne Brownridge *Appellant*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1972: le 7 mars; 1972: le 29 juin.

Présents: Le Juge en Chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence, Pigeon et Laskin.

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

Droit criminel—Droits civils—Automobiles—Capacité de conduite affaiblie—Test de l'haleine—Droit à un avocat—Refus du test de l'haleine avant de parler à son avocat—"Excuse raisonnable"—Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), c. 44, art. 2(c)(ii)—Code criminel, 1953-54 (Can.), c. 51, art. 7(2), 222, 223.

L'appellant a été mis en état d'arrestation pour avoir conduit pendant que sa capacité de conduire était affaiblie et, au poste de police, on lui a demandé de se soumettre au test de l'haleine. Il a demandé qu'on lui donne la possibilité de parler à son avocat et il a refusé de fournir un échantillon d'haleine après s'être vu dénier cette possibilité. Deux heures plus tard, il a parlé à son avocat; puis il a demandé qu'on lui donne la possibilité de fournir un échantillon de son haleine. L'offre a été refusée.

L'appellant a été déclaré coupable de l'accusation d'avoir, sans excuse raisonnable, fait défaut de fournir un échantillon de son haleine en vue d'une analyse après qu'une sommation lui eut été faite en vertu de l'art. 223(1) du *Code criminel*. Sur appel par voie d'un exposé de cause, la déclaration de culpabilité a été annulée pour le motif que le refus d'accéder à la demande de l'appellant de consulter un avocat lui fournissait une excuse raisonnable pour refuser de donner un échantillon d'haleine. Sur appel subséquent de la Couronne, la Cour d'appel a rétabli la déclaration de culpabilité. L'appellant a obtenu l'autorisation d'appeler à cette Cour.

Arrêt: L'appel doit être accueilli et la déclaration de culpabilité annulée, les Juges Abbott, Judson et Pigeon étant dissidents.

Le Juge en Chef Fauteux et les Juges Martland, Ritchie et Spence: Le refus de l'agent de police de permettre à l'appellant de parler à son avocat, dans les circonstances de l'espèce, le privait du droit de retenir et constituer un avocat sans délai, et constituait une excuse raisonnable pour refuser d'obtem-

demand of the police constable that he take a breath test. Unless it is apparent that an accused person is not asserting his right to counsel *bona fide*, but is asserting such right for the purpose of delay or for some other improper reason, the denial of that right affords a "reasonable excuse". As the very purpose for which the appellant wished to speak to his counsel was in order to determine whether or not he should comply with the demand, he was deprived of his right to consult a lawyer at a time when he was detained for the purpose of furnishing a sample, the analysis of which, or refusal to furnish which, might be used in evidence against him. It would run contrary to the provisions of the *Bill of Rights* to hold that denial to a man under arrest of "the right to retain and instruct counsel without delay" was incapable of constituting a reasonable excuse for failing to comply with a demand under s. 223 of the Code.

Per Hall and Laskin JJ.: There were two separate issues raised: (1) whether the denial of the opportunity to consult counsel was a reasonable excuse within s. 223(2) and (2) whether that denial, regardless of whether there was a reasonable excuse, constituted such an infringement of the *Canadian Bill of Rights* as to entitle the appellant to have the information stayed or the conviction set aside.

Denial of an accused's request to consult a lawyer before he would agree to give a breath sample did not provide a reasonable excuse to an accused for refusing to give such a sample. The phrase "without reasonable excuse" must be regarded as adding a defence or a bar to successful prosecution which would not be available without those words, but not as encompassing defences or bars that would exist without them, such as diplomatic immunity.

It does not lie with an arresting police officer to determine in his discretion or on a superior's instructions whether or when to permit an arrested person to contact his counsel. The right to retain and instruct counsel without delay, recognized by s. 2(c) (ii) of the *Bill of Rights*, can only have meaning to an arrested or detained person if it is taken as raising a correlative obligation upon the police authorities to facilitate contact with counsel. The right given by s. 2(c)(ii), when invoked by an accused upon whom a demand is made under s. 223(1), did not

pérer à la sommation de l'agent de prendre le test de l'haleine. A moins qu'il ne soit apparent qu'un accusé ne revendique pas de bonne foi son droit à un avocat, mais uniquement dans l'intention d'entraîner du retard ou pour quelque autre raison illégitime, la négation de ce droit fournit une «excuse raisonnable». Étant donné que si l'appelant désirait parler à son avocat, c'était en vue de décider s'il devrait obtempérer à la sommation, il a été privé de son droit de consulter un avocat pendant qu'il était détenu afin de fournir un échantillon d'haleine dans des circonstances où l'analyse de l'échantillon, ou le refus de fournir celui-ci, pouvait être utilisée comme preuve contre lui. Il serait contraire aux dispositions de la *Déclaration des droits* de décider que la négation à un particulier en état d'arrestation du «droit de retenir et constituer un avocat sans délai» ne peut pas constituer une excuse raisonnable de faire défaut d'obtempérer à une sommation faite en vertu de l'art. 223 du Code.

Les Juges Hall et Laskin: Deux points distincts sont soulevés: (1) la question de savoir si le fait de ne pas donner la possibilité de consulter un avocat constituait une excuse raisonnable au sens de l'art. 223(2) et (2) celle de savoir si cette négation, qu'il y ait ou non une excuse raisonnable, constituait une transgression de la *Déclaration canadienne des droits* permettant à l'appelant de faire suspendre la dénonciation ou de faire infirmer la déclaration de culpabilité.

Le fait de ne pas accéder à la demande de l'accusé de consulter un avocat avant qu'il accepte de donner un échantillon d'haleine ne lui fournit pas une excuse raisonnable pour refuser de donner cet échantillon. L'expression «sans excuse raisonnable» doit être interprétée comme ajoutant, à titre de motif du rejet d'une poursuite, un moyen de défense ou d'irrecevabilité qui ne serait pas disponible en son absence, mais non comme visant des moyens de défense ou d'irrecevabilité qui existent même en l'absence de cette expression, tel que le droit à l'immunité diplomatique.

Il n'appartient pas à l'agent qui effectue l'arrestation de déterminer à sa discrétion ou sur les ordres de son chef s'il doit permettre à une personne arrêtée de communiquer avec son avocat ou à quel moment celle-ci doit le faire. Le droit de retenir et constituer un avocat sans délai, droit reconnu par l'art. 2(c) (ii) de la *Déclaration des droits*, ne peut servir à une personne arrêtée ou détenue que si l'on considère qu'il entraîne de la part des autorités policières l'obligation correlative de faciliter le recours à l'avocat. Le droit conféré à l'art. 2(c) (ii), lorsqu'il est invoqué

entitle him to insist on the personal attendance of his counsel if he can reach him by telephone. Primacy must be given to the substantive protection accorded by the *Canadian Bill of Rights* rather than to the statutory rule of evidence embodied in s. 224A(c) (ii). It is not more important for the Crown, to whom ordinary modes of proof are available, to have the benefit of a rebuttable presumption through an analyst's certificate than it is for an accused to have the benefit of counsel.

The facts of this case show that s. 223 can operate with due obedience to the *Canadian Bill of Rights*. All that is required is that in the invocation of or exercise of the powers under it, allowance be made for the exercise of the overriding right given by s. 2(c)(ii). The result of the failure of the police officer to make that allowance vitiated the conviction in this case, because the violation of s. 2(c)(ii) was the very basis upon which the appellant was charged with an offence under s. 223(2) of the Code.

Per Abbott, Judson and Pigeon JJ., dissenting: The phrase "require him to provide then or as soon thereafter as is practicable a sample of his breath" in s. 223 contemplates immediate obedience to the request. What constitutes reasonable excuse is to be determined under common law principles by virtue of s. 7(2) of the Code.

Section 2(c)(ii) of the *Bill of Rights* applies to "a person who has been arrested or detained", and such is not the legal situation of one who has been required "to accompany" a peace officer for the purpose of having a breath test taken. The situation in this case is not different because the appellant had already been arrested for impaired driving. He was not deprived of his "right to retain and instruct counsel without delay". The fact that he was under arrest for impaired driving did not entitle him to obtain legal advice before submitting to the test nor could the refusal to be allowed to contact a legal adviser before submitting to the test be a lawful excuse.

APPEAL from a judgement of the Court of Appeal for Ontario¹, reversing a judgment of Haines J. Appeal allowed, Abbott, Judson and Pigeon JJ. dissenting.

¹[1972] 1 O.R. 105, 15 C.R.N.S. 387, 4 C.C.C. (2d) 462.

par un accusé auquel une sommation a été faite en vertu de l'art. 223(1), ne lui permet pas d'insister pour que son avocat soit présent s'il peut rejoindre celui-ci par téléphone. Il faut donner la primauté à la protection fondamentale accordée par la *Déclaration canadienne des droits* plutôt qu'à la règle légale de preuve énoncée à l'art. 224A(c)(ii). Il n'est pas plus important pour la Couronne, qui a à sa disposition les modes ordinaires de preuve, d'avoir au moyen du certificat d'un analyste le bénéfice d'une présomption réfutable, que pour l'accusé d'avoir le bénéfice d'un avocat.

Les faits de la présente affaire montrent que l'art. 223 peut s'appliquer tout en respectant la *Déclaration canadienne des droits*. Il suffit qu'en invoquant ou en exerçant les pouvoirs conférés à cet article, on permette l'exercice du droit prépondérant accordé à l'art. 2(c)(ii). Le fait que l'agent de police n'a pas permis l'exercice de ce droit a pour effet de vicier la déclaration de culpabilité en l'espèce, parce que la violation de l'art. 2(c)(ii) constitue la raison même pour laquelle l'appelant a été inculpé de l'infraction prévue à l'art. 223(2) du Code.

Les Juges Abbott, Judson et Pigeon, dissidents: En disant «exiger que cette personne fournisse alors ou aussitôt que c'est matériellement possible par la suite, un échantillon de son haleine» l'art. 223 envisage clairement que l'on se conforme immédiatement à cette demande. Il faut déterminer ce qui constitue une excuse raisonnable en se fondant sur les principes de la *common law*, ainsi que le prescrit l'art. 7(2) du Code.

L'article 2(c)(ii) de la *Déclaration des droits* s'applique à «une personne arrêtée ou détenue», et telle n'est pas la situation juridique de celui de qui l'on a exigé qu'il suive un agent de la paix pour qu'un test de l'haleine soit effectué. En l'espèce, la situation n'est pas différente parce que l'appelant avait déjà été arrêté pour conduite pendant que sa capacité de conduire était affaiblie. Il n'a pas été privé de son «droit de retenir et constituer un avocat sans délai». Le fait qu'il était en état d'arrestation pour avoir conduit pendant que sa capacité de conduire était affaiblie ne lui donnait pas le droit d'exiger d'obtenir un avis juridique avant de se soumettre au test et le refus de lui permettre de communiquer avec un conseiller juridique avant de s'y soumettre ne pouvait non plus constituer une excuse raisonnable.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario¹, infirmant un jugement du Juge Haines. Appel accueilli, les Juges Abbott, Judson et Pigeon étant dissidents.

¹[1972] 1 O.R. 105, 15 C.R.N.S. 387, 4 C.C.C. (2d) 462.

J. Jennings and D. J. D. Sims, for the appellant.

M. Manning, for the respondent.

The judgment of Fauteux C.J. and of Martland, Ritchie and Spence JJ. was delivered by

RITCHIE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by my brother Pigeon, but as I do not share his view of the legal effect to be given to the Police Constable's initial refusal of the appellant's request to retain and instruct counsel without delay, made while he was in the police station under arrest for impaired driving, I find it necessary to express my views separately.

The appellant was convicted of a charge under s. 223(2) (now 235) of the *Criminal Code* of failing, without reasonable excuse, to provide a sample of his breath for analysis upon demand made pursuant to s. 223(1). This conviction was set aside on a case stated before Mr. Justice Haines of the Supreme Court of Ontario and it is from the reversal of that decision by the Court of Appeal² that the appellant now appeals. We are, of course, bound by and limited to the facts as set forth in the case stated by the learned provincial judge, which are fully set forth in the reasons for judgment of my brother Pigeon, and for my purposes it is only necessary to refer to the following items:

(b) the police officer signaled the accused to stop the vehicle and when the defendant did so, police constable Mabbott detected the odour of an alcoholic beverage on his breath and observed that his eyes were glassy and red and his speech slightly slurred. *The accused was arrested for impaired driving and requested by the police constable to get into the police car. The accused did so and was taken to a police station at approximately 1:00 a.m.*

(d) The demand for a sample of the accused's breath was made by police constable Saunders at about 1:00 a.m. on the 19th day of November, 1970.

J. Jennings et D. J. D. Sims, pour l'appellant

M. Manning, pour l'intimée.

Le jugement du Juge en Chef Fauteux et des Juges Martland, Ritchie et Spence a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement qu'a préparés mon collègue le Juge Pigeon, mais étant donné que je ne partage pas son avis quant à la question de l'effet légal à donner au refus initial de l'agent de police d'accéder à la demande de retenir et constituer un avocat sans délai, que l'appellant a faite lorsqu'il se trouvait en état d'arrestation au poste de police pour avoir conduit pendant que sa capacité de conduire était affaiblie, j'estime nécessaire d'exprimer mon avis dans des motifs distincts.

L'appellant a été déclaré coupable de l'accusation, portée en vertu de l'art. 223(2) (actuellement 235) du *Code criminel*, d'avoir, sans excuse raisonnable, fait défaut de fournir un échantillon de son haleine en vue d'une analyse après qu'une sommation lui eut été faite en vertu de l'art. 223(1). Cette déclaration de culpabilité a été annulée à la suite d'un exposé de cause présenté devant le Juge Haines de la Cour suprême de l'Ontario; le présent appel est à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel² infirmant cette décision d'annuler. Nous sommes liés, cela va de soi, par les faits énoncés dans l'exposé de cause du savant juge provincial, énoncés au complet dans les motifs de jugement de mon collègue le Juge Pigeon, et nous devons nous y limiter; je n'ai, aux fins des présentes, qu'à me reporter aux alinéas suivants:

[TRADUCTION] (b) l'agent de police a fait un signal au prévenu pour que celui-ci arrête le véhicule, ce que le défendeur a fait; l'agent de police Mabbott a alors décelé l'odeur d'une boisson alcoolique dans l'haleine de celui-ci, observant qu'il avait les yeux vitreux et rouges et que son parler était légèrement empâté. *Le prévenu a été mis en état d'arrestation pour avoir conduit pendant que sa capacité de conduire était affaiblie et l'agent de police lui a demandé de monter dans la voiture de police. C'est ce que le prévenu a fait; il a été amené au poste de police vers 1 h du matin.*

(d) La sommation de fournir un échantillon d'haleine a été faite à l'accusé par l'agent de police Saunders vers 1 h du matin, le 19 novembre 1970.

² [1972] 1 O.R. 105, 15 C.R.N.S. 387, 4 C.C.C. (2d) 462.

² [1972] 1 O.R. 105, 15 C.R.N.S. 387, 4 C.C.C. (2d) 462.

(e) The accused then asked for an opportunity to speak to his lawyer for the purpose of determining whether he ought to comply with the demand made to him by police constable Saunders. The accused advised police constable Saunders that he would only take the breath test if so advised by his lawyer. The accused's request was refused at that time.

(f) At approximately 3:00 a.m. on November 19th, 1970, the accused spoke with his lawyer and then asked for an opportunity to give a sample of his breath, but the offer was refused.

(The italics in the above quotation are my own.)

The four questions submitted by the learned provincial judge in the case stated before Mr. Justice Haines are set out in the reasons for judgment of my brother Pigeon, but in view of the fact that no argument was presented on question No. 3 and the further fact that the case of *Curr v. The Queen*³, which has now been decided by this Court, rules out the application of s. 2(d) of the *Canadian Bill of Rights*, it appears to me that the only questions remaining for consideration in this appeal are the following:

(1) Did I err in law in holding that the accused did not offer a reasonable excuse to refuse to provide a sample of his breath, although he had been denied the opportunity of consulting his lawyer after the opportunity was requested by him.

(2) Did I err in law in holding that the accused's conduct constituted a refusal to comply with a demand to provide a sample of his breath as contemplated by section 223 of the *Criminal Code*.

(4) Did I err in law in holding that the information of Douglas Germain sworn on the 19th day of November, 1970, was valid and ought not to be quashed despite the provisions of subparagraph (ii) of subsection (c) of section 2 . . . of the *Canadian Bill of Rights*, Statutes of Canada 1960, Chapter 44.

(e) le prévenu a ensuite demandé d'avoir la possibilité de parler à son avocat en vue de déterminer s'il devait obtempérer à la sommation que lui avait faite l'agent de police Saunders. Le prévenu a informé l'agent de police Saunders qu'il ne se soumettrait au test de l'haleine que si son avocat lui conseillait de le faire. La demande du prévenu a alors été refusée.

(f) Vers 3 h du matin, le 19 novembre 1970, le prévenu a parlé à son avocat; puis il a demandé qu'on lui donne la possibilité de fournir un échantillon de son haleine, mais l'offre a été refusée.

(J'ai mis des mots en italique dans la citation qui précède.)

Les quatre questions soumises par le savant juge provincial dans l'exposé de cause présenté devant le Juge Haines sont énoncés dans les motifs de jugement de mon collègue le Juge Pigeon, mais étant donné qu'aucune plaidoirie n'a été présentée quant à la question 3 et que l'affaire *Curr c. La Reine*³, laquelle a maintenant fait l'objet d'une décision de cette Cour, écarte l'application de l'art. 2(d) de la *Déclaration canadienne des droits*, il me semble que les seules questions sur lesquelles il reste à se prononcer dans le présent appel sont les suivantes:

[TRADUCTION] (1) Ai-je commis une erreur de droit en décidant que le prévenu n'a pas donné une excuse raisonnable pour refuser de fournir un échantillon de son haleine, même si on ne lui a pas donné la possibilité de consulter son avocat après qu'il eut demandé qu'on lui accorde cette possibilité.

(2) Ai-je commis une erreur de droit en décidant que le comportement du prévenu constituait un refus d'obtempérer à une sommation de fournir un échantillon de son haleine, selon les dispositions de l'article 223 du Code criminel.

(4) Ai-je commis une erreur de droit en décidant que la dénonciation de Douglas Germain, faite sous serment le 19 novembre 1970, est valide et ne doit pas être annulée malgré le sous-alinéa (ii) de l'alinéa (c) de l'article 2 et l'alinéa (d) de l'article 2 . . . de la *Déclaration canadienne des droits*, Statuts du Canada 1960, chapitre 44.

³ [1972] S.C.R. 889, 18 C.R.N.S. 281, 7 C.C.C. (2d) 181.

³ [1972] R.C.S. 889, 18 C.R.N.S. 281, 7 C.C.C. (2d) 181.

Mr. Justice Haines answered "yes" to the first question, "no" to the second question and "yes" as to s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*.

The Court of Appeal for Ontario, in allowing the Crown's appeal, directed that all the questions stated by the learned provincial judge should be answered in the negative and ordered that the conviction entered at trial should be restored.

Section 223(2) of the *Criminal Code*, under which the appellant was charged, reads as follows: Every one who, *without reasonable excuse*, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine of not less than fifty dollars and not more than one thousand dollars or to imprisonment for not more than six months, or both.

(The italics are my own.)

The demand referred to in this subsection refers to a demand made by a peace officer under s. 223(1) (now 235(1))

... to provide then or as soon thereafter as is practicable a sample of his breath suitable to enable an analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample to be taken.

Section 2(c) of the *Bill of Rights* is in my opinion effective to establish that s. 223 of the *Criminal Code* shall not be construed or applied so as to

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

* * *

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

The stated case discloses that the accused's request to speak to his lawyer for the purpose of determining whether he ought to comply with the demand for a sample of his breath was refused by the police at a time when he was in the police station under arrest for impaired driving and was being detained for the purpose of furnishing a breath sample. On these facts appellant's counsel contends that there was "reasonable excuse" for

Le Juge Haines a répondu «oui» à la première question, «non» à la seconde question et «oui» quant à l'art. 2(c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*.

En accueillant l'appel de la Couronne, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que toutes les questions exposées par le savant juge provincial devraient obtenir une réponse négative et que la déclaration de culpabilité inscrite en première instance devrait être rétablie.

L'article 223(2) du *Code criminel*, en vertu duquel l'appellant a été accusé, se lit comme suit: Quiconque, *sans excuse raisonnable*, fait défaut ou refuse d'obtempérer à une sommation qui lui est faite par un agent de la paix aux termes du paragraphe (1), est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, et passible d'une amende d'au moins cinquante dollars et d'au plus mille dollars ou d'un emprisonnement d'au plus six mois, ou des deux peines à la fois.

(J'ai mis des mots en italique.)

La sommation dont fait mention ce paragraphe est celle qui est faite par un agent de la paix en vertu de l'art. 223(1) (actuellement 235(1)):

... que cette personne fournisse alors ou aussitôt que c'est matériellement possible par la suite, un échantillon de son haleine propre à permettre de faire une analyse en vue d'établir la proportion d'alcool dans son sang, le cas échéant, et qu'elle le suive afin de permettre le prélèvement d'un tel échantillon.

A mon avis, l'art. 2(c) de la *Déclaration des droits* permet d'établir que l'art. 223 du *Code criminel* ne doit pas être interprété ou appliqué de façon à

(c) priver une personne arrêtée ou détenue

* * *

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

L'exposé de cause fait voir que la demande du prévenu de parler à son avocat en vue de décider s'il devait obtempérer à la sommation de fournir un échantillon de son haleine a été refusée par l'agent de la paix à un moment où le prévenu se trouvait en état d'arrestation au poste de police pour avoir conduit pendant que sa capacité de conduire était affaiblie, et où il était détenu en vue de fournir un échantillon d'haleine. L'avocat

the failure to comply with the demand made under s. 223(1) on the ground that the question of whether or not the appellant was required to give a breath sample was one upon which he was justified in seeking legal advice having regard to the provisions of s. 2(d) of the *Bill of Rights*, and on the further ground that he had a right to contact his lawyer without delay under the provisions of s. 2(c)(ii) of the Bill.

The refusal of the police constable to permit the appellant to speak to his lawyer, in the circumstances of this case, deprived him of the right to retain and instruct counsel without delay, and constituted a reasonable excuse for his refusal to comply with the demand of the police constable that he take a breath test. Having regard to the provisions of the *Bill of Rights*, s. 223(2) of the *Criminal Code* is required to be construed and applied in this sense, so that, unless it is apparent that an accused person is not asserting his right to counsel bona fide, but is asserting such right for the purpose of delay or for some other improper reason, the denial of that right affords a "reasonable excuse" for failing to provide a sample of his breath as required by the section.

It is suggested that the police officer's refusal did not amount to a refusal of the appellant's right to consult his counsel without delay, but was simply a refusal to accept the proposition that the accused should not be required to take the breath test until after he had spoken to his counsel. As the very purpose for which the appellant wished to speak to his counsel was in order to determine whether or not he should comply with the demand and as the appellant was being detained for the purpose of furnishing a breath sample, it seems to me that the refusal to accept this proposition had the direct effect of depriving the appellant of his right to consult his lawyer, and this right was denied him at a time when he was being detained for the purpose of furnishing a sample of breath, the analysis of which, or the refusal to furnish which, might be used as evidence against him on that charge.

de l'appelant prétend, étant donné ces faits, qu'il existait une «excuse raisonnable» pour ne pas avoir obtempéré à la sommation faite en vertu de l'art. 223(1) parce que la question de savoir si l'appelant était tenu de donner un échantillon d'haleine était une question qui lui permettait de demander un avis juridique, compte tenu de l'art. 2(d) de la *Déclaration des droits*, et, en outre, parce que l'appelant avait le droit de se mettre en communication avec son avocat sans délai, en vertu de l'art. 2(c) (ii) de la *Déclaration*.

Le refus de l'agent de police de permettre à l'appelant de parler à son avocat, dans les circonstances de l'espèce, le privait du droit de retenir et constituer un avocat sans délai, et constituait une excuse raisonnable pour refuser d'obtempérer à la sommation de l'agent de police de prendre le test de l'haleine. Compte tenu des dispositions de la *Déclaration des droits*, l'art. 223(2) du *Code criminel* doit être interprété et appliqué en ce sens, de sorte qu'à moins qu'il ne soit apparent qu'un accusé ne revendique pas de bonne foi son droit à un avocat, mais uniquement dans l'intention d'entraîner du retard ou pour quelque autre raison illégitime, la négation de ce droit fournit une «excuse raisonnable» de ne pas fournir l'échantillon d'haleine tel que prescrit par l'article.

On soutient que le refus de l'agent de police n'équivalait pas à une négation du droit de l'appelant de consulter son avocat sans délai, mais simplement à un refus de reconnaître que le prévenu n'était pas obligé de se soumettre au test de l'haleine tant qu'il n'aurait pas parlé à son avocat. Étant donné que si l'appelant désirait parler à son avocat, c'était en vue de décider s'il devrait obtempérer à la sommation, et étant donné que l'appelant était détenu en vue de fournir un échantillon d'haleine, il me semble que le refus de reconnaître que le test pouvait être ainsi différé avait comme effet direct de priver l'appelant de son droit de consulter un avocat, un droit qui lui était nié pendant qu'il était détenu afin de fournir un échantillon d'haleine et dans des circonstances où l'analyse de l'échantillon, ou le refus de fournir celui-ci, pouvait être utilisé comme preuve contre lui sous cette accusation.

In the courts below reliance has been placed on two English cases decided under the *Road Safety Act, 1967* (U.K.), c. 30, the relevant sections of which read as follows:

2. (1) A constable in uniform may require any person driving or attempting to drive a motor vehicle on a road or other public place to provide a specimen of breath for a breath test there or nearby, if the constable has reasonable cause—(a) to suspect him of having alcohol in his body;...

3. (3) A person who, without reasonable excuse, fails to provide a specimen for a laboratory test in pursuance of a requirement imposed under this section shall be guilty of an offence and—(a) if it is shown that at the relevant time he was driving or attempting to drive a motor vehicle on a road or other public place, he shall be liable to be proceeded against and punished as if the offence charged were an offence under section 1(1) of this Act;...

The case of *R. v. Clarke*⁴ is relied on by the Court of Appeal as a relevant authority and I think that in order to assess this case in relation to the present one, it is essential to understand the facts which gave rise to it. These are well set out in the judgment of Geoffrey Lane J., speaking on behalf of the Court of Appeal at page 1009:

The facts of the case, briefly, were these. In the early hours of Wednesday 7th February 1968 two police officers in uniform in a police car followed the applicant, who was driving his vehicle along Holland Park Avenue. His driving gave rise to concern; he was weaving from one lane of the road to the other, and the policemen in their car in due course stopped him. His breath smelt of alcohol, and (according to the evidence of the police officers) one of those officers told him that he wished the applicant to take a breath test. The reply was 'All right, but I am only tired; I have not been drinking'. Then, when the officer went back to the police vehicle in order to get the test equipment, the applicant started up his motor

Dans les cours d'instance inférieure, on s'est fondé sur deux causes anglaises décidées en vertu du *Road Safety Act 1967* (U.K.), c. 30, dont les articles pertinents se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 2. (1) Un constable en uniforme peut exiger de toute personne conduisant ou tentant de conduire un véhicule à moteur sur une route ou dans un autre endroit public, qu'elle fournisse un échantillon d'haleine en vue de permettre qu'un test de l'haleine soit effectué à cet endroit ou à proximité de celui-ci, si le constable a des motifs raisonnables —a) de la soupçonner d'avoir de l'alcool dans le corps; ...

3. (3) Quiconque, sans excuse raisonnable, fait défaut de fournir un échantillon en vue de permettre qu'un test de laboratoire soit effectué en conformité des prescriptions du présent article, est coupable d'une infraction et—a) s'il est démontré qu'au moment pertinent il conduisait ou tentait de conduire un véhicule à moteur sur une route ou dans un autre endroit public, est passible d'être poursuivi et condamné comme si l'infraction imputée était une infraction prévue à l'article 1(1) de la présente loi; ...

La Cour d'appel s'est fondée sur l'arrêt *R. v. Clarke*⁴ comme précédent pertinent, et je crois que pour comparer cette cause-là à la présente, il est essentiel de comprendre les faits qui y ont donné naissance. Ils sont bien énoncés dans le jugement du Juge Geoffrey Lane, qui parlait au nom de la Court of Appeal, p. 1009:

[TRADUCTION] Les faits de la présente cause sont, brièvement, les suivants. Tôt le matin du mercredi 7 février 1968, deux agents de police en uniforme qui se trouvaient dans une voiture de police ont suivi le requérant, qui conduisait son véhicule sur l'avenue Holland Park. La façon dont il conduisait était apte à provoquer des soupçons; il zigzaguait d'une voie à l'autre; les policiers l'ont finalement arrêté. Il sentait l'alcool, et (selon les témoignages des agents de police) l'un d'eux a dit au requérant qu'il voulait qu'il se soumette au test de l'haleine. Celui-ci a répondu: «Très bien, mais je suis seulement fatigué; je n'ai pas bu». Puis, lorsque l'agent est retourné à la voiture de police pour chercher l'équipement requis, le

⁴ [1969] 2 All E.R. 1008, 53 Cr. App. R. 438.

⁴ [1969] 2 All E.R. 1008, 53 Cr. App. R. 438.

car and suddenly moved off, narrowly missing one of the officers. There then followed a chase over a distance just short of two miles during which, according to the police evidence, the applicant reached speeds of up to 80 miles per hour and went through a number of sets of traffic lights when those lights were showing red. In due course he was stopped by another police car, and was then arrested for failing to take the breath test. He said to the officer 'You aren't a police officer'. He was then taken to a police station and offered a breath test, but did not take it, just saying that he wanted to see the officer in charge. A little later he was again asked to take a breath test, and on this occasion he said 'I want to see my solicitor'. He was then asked to supply a specimen of blood then or two specimens of urine within an hour, and was told that he would be given part of any specimen supplied and warned of what would happen if he refused to supply them. To that request he replied 'No, I will not do anything until I've seen my solicitor'. At a minute before 4.00 a.m. he was asked to supply two samples of urine and warned of the consequence again of refusal or failure, and to that request he replied 'No'. Then at shortly before 4.15 a.m. he was once again asked for a specimen of blood and warned of the consequences of failure or refusal and told he would be given a part of any sample supplied, and to that request he said 'Can I make a statement at this stage?'. Immediately thereafter he was charged with failing to take the breath test, failing to supply samples and dangerous driving, and to that charge he made no reply.

In my view the *Clarke* case is distinguishable from the present case on the following grounds:

1. In the *Clarke* case the Court of Appeal found that

The circumstances of the present case were such that the jury were entitled to conclude, and probably did conclude, that the applicant was pursuing a systematic campaign of prevarication, knowing full well that the more time which elapsed before he gave a sample the greater chance of his body metabolising

requérant a mis le moteur de sa voiture en marche et a soudainement démarré, frappant presque l'un des agents. Puis il y a eu poursuite sur une distance d'un peu moins de deux milles; au cours de celle-ci, selon le témoignage des agents, le requérant a atteint une vitesse de 80 milles à l'heure et a brûlé un certain nombre de feux rouges. Il a finalement été arrêté par une autre voiture de police et a été mis en état d'arrestation pour avoir fait défaut de se soumettre au test de l'haleine. Il a dit à l'agent: «Vous n'êtes pas un agent de police». Puis il a été amené au poste de police et on lui a donné l'occasion de se soumettre au test de l'haleine, ce qu'il n'a pas fait, se contentant de demander à voir l'agent responsable. Un peu plus tard, on lui a de nouveau demandé de se soumettre au test de l'haleine, mais il a alors dit: «Je veux voir mon procureur». Puis on lui a demandé de fournir soit un échantillon de sang sur-le-champ, soit deux échantillons d'urine dans l'heure qui suivrait; on lui a dit qu'il recevrait une partie de tout échantillon fourni et on l'a averti de ce qui arriverait s'il refusait de fournir les échantillons. A cette demande, il a répondu: «Non, je ne ferai rien avant d'avoir vu mon procureur». A 3 h 59 du matin, on lui a demandé de fournir deux échantillons d'urine et on l'a de nouveau averti des conséquences d'un refus ou d'une omission de sa part; à cette demande il a répondu: «Non». Puis, peu avant 4 h 15 du matin, on lui a de nouveau demandé un échantillon de sang et on l'a averti des conséquences d'un refus ou d'une omission de sa part; on lui a dit qu'il recevrait une partie de tout échantillon fourni; à cette demande, il a répondu: «Puis-je faire une déclaration maintenant?» Immédiatement après, il a été accusé d'avoir fait défaut de se soumettre au test de l'haleine, d'avoir fait défaut de fournir des échantillons et d'avoir conduit d'une façon dangereuse; il n'a pas répondu à cette accusation.

A mon avis, l'affaire *Clarke* peut se distinguer de la présente cause pour les motifs suivants:

1. Dans l'affaire *Clarke*, la Court of Appeal a conclu que:

[TRADUCTION] Les circonstances de la présente cause sont telles que le jury était autorisé à conclure, et a probablement conclu, que le requérant faisait de l'obstruction systématique, parce qu'il savait très bien que plus le temps s'écoulait avant qu'il donne un échantillon, plus son métabolisme pouvait altérer la

the evidence. That being so, the jury would be justified in inferring from the words 'Can I make a statement at this stage' that this was another refusal, albeit couched in different words.

In the present case there is no suggestion that the appellant had been pursuing a campaign of prevarication and the delay between the time when the demand was made for a breath sample and the time when he offered it, was caused entirely by the refusal of the police to allow him to contact his counsel.

2. In the *Clarke* case the accused was charged with refusing to supply a specimen of his blood to the police for testing at a time when he was in custody after having been arrested for failing to take a breath test. At the time of his initial arrest the accused did not make any request to consult with his lawyer but after he reached the police station and was asked to give a sample of his blood and another sample of his breath, he did say that he would not comply with the request until he had legal advice. His attitude was described by the Court of Appeal as follows:

In the present case the applicant's excuses were these: first of all, that he was doubtful about what his rights were and wanted legal advice; . . . he wished to have legal advice from the senior officer or a solicitor, and also to make a complaint about the way in which the police had treated him.

Under the circumstances of that case the Court of Appeal found as a matter of law that these matters *could not* amount to excuses "let alone reasonable excuses".

It is apparent from a reading of this case that the accused's refusals were treated as a sham devised to delay or avoid being subjected to a test, but in the present case there was, in my view, a genuine reason for seeking legal advice.

3. In the *Clarke* case the Court was not concerned with the provisions of the *Canadian Bill*

preuve. Cela étant, le jury serait autorisé à déduire des mots: «Puis-je faire une déclaration maintenant?», que c'était là un autre refus, bien que formulé en des termes différents.

En l'espèce, rien n'indique que l'appelant faisait de l'obstruction, et s'il y a eu du retard entre la sommation en vue d'obtenir un échantillon d'haleine et l'offre qu'il a faite d'en fournir un, cela était dû uniquement au refus de la police de lui permettre de communiquer avec son avocat.

2. Dans l'affaire *Clarke*, le prévenu avait été accusé d'avoir refusé de fournir à la police un échantillon de son sang aux fins d'une analyse, à un moment où il était détenu après son arrestation pour omission de se soumettre au test de l'haleine. Lorsqu'il avait été arrêté la première fois, le prévenu n'avait pas demandé à consulter son avocat, mais une fois rendu au poste de police, comme on lui avait demandé de fournir un échantillon de son sang et un autre de son haleine, il a dit qu'il n'obtempérerait pas à la demande avant d'avoir pu obtenir un avis juridique. Son attitude a été décrite comme suit par la Court of Appeal:

[TRADUCTION] En l'espèce, les excuses de l'appelant étaient les suivantes: d'abord, il avait des doutes quant à savoir quels étaient ses droits et voulait un avis juridique; . . . il voulait avoir l'avis juridique de l'agent responsable ou d'un procureur, et également porter plainte contre la façon dont la police l'avait traité.

Jugeant d'après les circonstances qui étaient en cause, la Cour d'appel a conclu qu'en droit ces raisons *ne pouvaient pas* équivaloir à des excuses [TRADUCTION] «et encore moins à des excuses raisonnables».

De la lecture du dossier dans cette cause, il ressort que les refus du prévenu ont été considérés comme un subterfuge destiné à causer un retard ou à éviter le test, mais en la présente espèce, à mon avis, l'accusé avait une raison légitime de demander un avis juridique.

3. Dans l'affaire *Clarke*, la Cour ne s'intéressait pas aux dispositions de la *Déclaration canadienne*

of Rights, and the doubts existing at the time when the present case was heard as to the effect of s. 2(d) of that Bill on the requirement to supply a sample of breath, formed no part of the question which had to be determined.

In the present case the alleged offence took place on November 19, 1970, and, as I have indicated, at that time the *Curr* case, which was subsequently decided in this Court and which determined that s. 2(d) did not afford a valid reason for refusing to provide a sample, had not been decided by Mr. Justice Fraser or by the Court of Appeal of Ontario.

In view of all the above, I do not think that the *Clarke* case should be treated as an authority governing the facts of the present case.

The second English case cited by the Court of Appeal was *Law v. Stephens*⁵, where the accused was charged with "failing without reasonable excuse to provide a specimen for a laboratory test contrary to s. 3(3) of the *Road Traffic Act*".

In refusing to provide the sample, while in custody in the police station, the accused had said "I am not interested until I have spoken to my solicitor" and again, "No, I want legal advice" and finally, "Not without my solicitor here". It was contended on his behalf that under these circumstances absence of his solicitor afforded him a reasonable excuse for failing to provide the specimen.

In rendering the decision of the Queen's Bench Division, Parker C.J., treated the case of *Regina v. Clarke, supra*, as authority for the proposition that, as a matter of law, this was not capable of being a reasonable excuse within the meaning of s. 3(3) of the *Road Traffic Act*. In this regard Parker C.J. said, at page 361:

So far as asking for a solicitor to be present on the basis that he required legal advice, the Court of

des droits, et les doutes existant au moment de l'audition de la présente cause, quant à l'effet de l'art. 2(d) de la Déclaration sur l'obligation de fournir un échantillon d'haleine, ne faisaient pas partie de la question sur laquelle il fallait se prononcer.

Dans la présente cause, l'infraction imputée a été commise le 19 novembre 1970, et comme je l'ai déjà mentionné, à ce moment-là l'affaire *Curr*, sur laquelle cette Cour s'est subséquemment prononcée et dans laquelle il a été établi que l'art. 2(d) ne constituait pas une excuse valable pour refuser de fournir un échantillon, n'avait fait l'objet d'aucune décision de la part du Juge Fraser ou de la Cour d'appel de l'Ontario.

Étant donné tout ce qui précède, je ne crois pas que l'affaire *Clarke* devrait être considérée comme faisant autorité eu égard aux faits de l'espèce.

La seconde cause anglaise citée par la Cour d'appel est celle de *Law v. Stephens*⁵, dans laquelle le prévenu était accusé d'avoir [TRADUCTION] «sans excuse raisonnable, fait défaut de fournir un échantillon en vue de permettre qu'un test de laboratoire soit effectué, en contravention de l'art. 3(3) du *Road Traffic Act*».

En refusant de fournir l'échantillon, alors qu'il était détenu au poste de police, le prévenu avait dit: [TRADUCTION] «Cela ne m'intéresse aucunement tant que je n'aurai pas parlé à mon procureur», puis: [TRADUCTION] «Non, je veux un avis juridique», et finalement: [TRADUCTION] «Pas en l'absence de mon procureur». On a prétendu pour le compte du prévenu que dans ces conditions, l'absence du procureur de celui-ci lui donnait une excuse raisonnable de ne pas fournir l'échantillon.

En rendant jugement au nom de la Queen's Bench Division, le Juge en chef Parker a considéré l'affaire *Regina v. Clarke*, précitée, comme établissant la proposition qu'en droit, cela ne pouvait pas constituer une excuse raisonnable au sens de l'art. 3(3) du *Road Traffic Act*. À cet égard, le Juge en chef Parker a dit, page 361:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la demande qu'un procureur soit présent parce qu'il avait besoin d'un

⁵ [1971] R.T.R. 358, [1971] Crim. L.R. 369.

⁵ [1971] R.T.R. 358, [1971] Crim. L.R. 369.

Appeal have held quite definitely that that *cannot amount to a reasonable excuse*. In that connection I think it is only right to say that it is a question of law in the first instance whether something put forward is capable of being a reasonable excuse; if it is capable of being one, then it becomes a matter of fact and degree as to whether or not it amounts to a reasonable excuse, and the burden of course then is on the prosecution to negative it.

(The italics are my own.)

With the greatest respect for the views expressed by Parker C.J., I am unable to treat the case of *Regina v. Clarke* as holding that an accused's request for legal advice when in custody is incapable of amounting to "a reasonable excuse". I think rather that that decision is expressly confined to the very special circumstances with which it was concerned, and that it is based in great degree on the fact that the Court was satisfied that *Clarke's* request was a frivolous one made for the purpose of delay. In any event, with the greatest respect for those who hold a different view, I consider that the case of *Law v. Stephens*, *supra*, states a proposition which is too broad to be applied in the courts of this country having regard to the rights accorded to the individual by s. 2(c)(ii) of the *Bill of Rights*, and it appears to me that it would run contrary to the provisions of that statute to hold that denial to a man under arrest of "the right to retain and instruct counsel without delay" was *incapable* of constituting a reasonable excuse for failing to comply with a demand under s. 223 of the *Criminal Code*. This is not to say that there may not be cases such as that of *Regina v. Clarke* where it is apparent that the request for counsel is made purely for the purpose of delay but, as I have said, this is not the case here.

For all these reasons I would allow this appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the order of Mr. Justice Haines which quashed the conviction.

The judgment of Abbott, Judson and Pigeon JJ. was delivered by

avis juridique, la Court of Appeal a décidé d'une façon assez définitive que cela *ne peut pas équivaloir à une excuse raisonnable*. A cet égard, je crois juste de dire que, de prime abord, c'est une question de droit que celle de savoir si le motif avancé peut constituer une excuse raisonnable; dans l'affirmative, cela devient une question de fait et de degré de savoir si ce motif équivaut à une excuse raisonnable, et bien sûr il appartient au poursuivant de le réfuter. (J'ai mis des mots en italique.)

Avec le plus grand respect pour l'avis exprimé par le Juge en chef Parker, je ne puis considérer l'affaire *Regina v. Clarke* comme décidant que la demande d'obtenir un avis juridique faite par un prévenu lorsqu'il est détenu ne peut pas équivaloir à «une excuse raisonnable». Je crois plutôt que cette décision se limite expressément aux circonstances très spéciales de cette cause-là, et qu'elle est en grande partie fondée sur le fait que la Cour était convaincue que la demande de *Clarke* était frivole et faite en vue d'entraîner du retard. De toute façon, et avec le plus grand respect pour ceux qui ne sont pas du même avis, je considère que l'arrêt *Law v. Stephens*, précité, énonce une proposition trop générale pour s'appliquer dans les cours canadiennes, compte tenu des droits conférés à l'individu par l'art. 2(c)(ii) de la *Déclaration des droits*; il me semble qu'il serait contraire aux dispositions de cette loi de décider que la négation à un particulier en état d'arrestation du «droit de retenir et constituer un avocat sans délai» *ne peut pas* constituer une excuse raisonnable de faire défaut d'obtempérer à une sommation faite en vertu de l'art. 223 du *Code criminel*. Cela ne veut pas dire qu'il ne peut jamais y avoir de cas, comme dans l'affaire *Regina v. Clarke*, où il est apparent que la demande d'avoir l'aide d'un avocat est faite purement dans l'intention d'entraîner un retard mais, comme je l'ai dit, ce n'est pas le cas en la présente espèce.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du Juge Haines qui a annulé la déclaration de culpabilité.

Le jugement des Juges Abbott, Judson et Pigeon a été rendu par

PIGEON J. (*dissenting*)—This appeal is from a judgment of the Ontario Court of Appeal⁶ reversing the decision of Haines J. on a stated case, and restoring the present appellant's conviction, under subs. 2 of s. 223 (now s. 235) of the *Criminal Code*, of failing, without reasonable excuse, to provide a sample of his breath for analysis upon a demand made pursuant to subs. (1).

(a) the accused, Clarence Wayne Brownridge, was observed by a police constable Mabbott driving a motor vehicle eastbound on Queen Street, in the City of Toronto at about 12:45 a.m. on the 19th day of November, 1970. The vehicle was travelling without its headlights on and the said police

The case stated by the Provincial Judge was as follows:

constable stopped the vehicle on Dufferin Street after it had turned off Queen Street, travelled then north on Gladstone, then west on Peel and finally north on Dufferin Street.

(b) the police officer signaled the accused to stop the vehicle and when the defendant did so, police constable Mabbott detected the odour of an alcoholic beverage on his breath and observed that his eyes were glassy and red and his speech slightly slurred. The accused was arrested for impaired driving and requested by the police constable to get into the police car. The accused did so and was taken to a police station at approximately 1:00 a.m.

(c) At the police station, police constable Saunders observed the accused and asked the accused to perform certain physical tests as a result of which he formed the opinion that the accused's ability to drive a motor vehicle was impaired by alcohol. He then demanded that the defendant provide him with a sample of his breath suitable to enable an analysis to be made to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood.

(d) The demand for a sample of the accused's breath was made by police constable Saunders at about 1:00 a.m. on the 19th day of November, 1970.

LE JUGE PIGEON (*dissident*)—Le présent pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario⁶ infirmant la décision que M. le Juge Haines a rendue sur un exposé de cause, et rétablissant la déclaration de culpabilité prononcée contre le présent appellant, en vertu du par. 2 de l'art. 223 (actuellement l'art. 235) du *Code criminel*, pour avoir, sans excuse raisonnable, fait défaut de fournir un échantillon de son haleine aux fins d'une analyse à la suite d'une «sommation» faite en vertu du par. (1).

[TRANSLATION] (a) l'agent de police Mabbott a observé le prévenu, Clarence Wayne Brownridge, au volant d'un véhicule à moteur roulant en direction est sur la rue Queen, à Toronto, vers 0 h 45 du matin, le 19 novembre 1970. Le véhicule roulait sans ses feux de route; ledit agent de police L'exposé de cause du juge provincial est le suivant:

l'a intercepté sur la rue Dufferin, après qu'il eut viré pour laisser la rue Queen puis roulé en direction nord sur Gladstone, ouest sur Peel et, finalement, nord sur Dufferin.

(b) l'agent de police a fait un signal au prévenu pour que celui-ci arrête le véhicule, ce que le défendeur a fait; l'agent de police Mabbott a alors décelé l'odeur d'une boisson alcoolique dans l'haleine de celui-ci, observant qu'il avait les yeux vitreux et rouges et que son parler était légèrement empâté. Le prévenu a été mis en état d'arrestation pour avoir conduit pendant que sa capacité de conduire était affaiblie et l'agent de police lui a demandé de monter dans la voiture de police. C'est ce que le prévenu a fait; il a été amené au poste de police vers 1 h du matin.

(c) Au poste de police, l'agent Saunders a observé le prévenu et lui a demandé d'effectuer des gestes à titre d'épreuves physiques, à la suite desquels il a jugé que la capacité du prévenu de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'alcool. Puis, il a sommé le défendeur de lui fournir un échantillon de son haleine propre à permettre de faire une analyse en vue d'établir la proportion d'alcool dans son sang, le cas échéant.

(d) La sommation de fournir un échantillon d'haleine a été faite à l'accusé par l'agent de police Saunders vers 1 h du matin, le 19 novembre 1970.

⁶ [1972] 1 O.R. 105, 15 C.R.N.S. 387, 4 C.C.C. (2d) 462.

⁶ [1972] 1 O.R. 105, 15 C.R.N.S. 387, 4 C.C.C. (2d) 462.

(e) The accused then asked for an opportunity to speak to his lawyer for the purpose of determining whether he ought to comply with the demand made to him by police constable Saunders. The accused advised police constable Saunders that he would only take the breath test if so advised by his lawyer. The accused's request was refused at that time.

(f) At approximately 3:00 a.m. on November 19th, 1970, the accused spoke with his lawyer and then asked for an opportunity to give a sample of his breath, but the offer was refused.

(g) Upon hearing the evidence I held that the accused refused to give a sample of his breath when requested.

The defendant desires to question the validity of the said Order convicting him on the ground that it is erroneous in point of law, the questions submitted for the judgment of the Supreme Court of Ontario being:

(1) Did I err in law in holding that the accused did not offer a reasonable excuse to refuse to provide a sample of his breath, although he had been denied the opportunity of consulting his lawyer after the opportunity was requested by him.

(2) Did I err in law in holding that the accused's conduct constituted a refusal to comply with a demand to provide a sample of his breath as contemplated by section 223 of the Criminal Code.

(3) Did I err in law in holding that section 223 of the Criminal Code is operative despite the provisions of subsections (d) and (e) of section 2 and section 5 of an Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Canadian Bill of Rights), Statutes of Canada 1960, Chapter 44.

(4) Did I err in law in holding that the information of Douglas Germain sworn on the 19th day of November, 1970, was valid and ought not to be quashed despite the provisions of subparagraph (ii) of subsection (c) of section 2 and subparagraph (d) of section 2 of the Canadian Bill of Rights, Statutes of Canada 1960, Chapter 44.

(e) Le prévenu a ensuite demandé d'avoir la possibilité de parler à son avocat en vue de déterminer s'il devait obtempérer à la sommation que lui avait faite l'agent de police Saunders. Le prévenu a informé l'agent de police Saunders qu'il ne se soumettrait au test de l'haleine que si son avocat lui conseillait de le faire. La demande du prévenu a alors été refusée.

(f) Vers 3 h du matin, le 19 novembre 1970, le prévenu a parlé à son avocat; puis il a demandé qu'on lui donne la possibilité de fournir un échantillon de son haleine, mais l'offre a été refusée.

(g) Ayant entendu la preuve, j'ai décidé que le prévenu a refusé de fournir un échantillon de son haleine lorsqu'on le lui a demandé.

Le défendeur désire contester la validité de ladite ordonnance le déclarant coupable, pour le motif qu'elle est erronée en droit; les questions soumises pour jugement à la Cour suprême de l'Ontario sont les suivantes:

(1) Ai-je commis une erreur de droit en décidant que le prévenu n'a pas donné une excuse raisonnable pour refuser de fournir un échantillon de son haleine, même si on ne lui a pas donné la possibilité de consulter son avocat après qu'il eut demandé qu'on lui accorde cette possibilité.

(2) Ai-je commis une erreur de droit en décidant que le comportement du prévenu constituait un refus d'obtempérer à une sommation de fournir un échantillon de son haleine, selon les dispositions de l'article 223 du Code criminel.

(3) Ai-je commis une erreur de droit en décidant que l'article 223 du Code criminel s'applique, malgré les alinéas (d) et (e) de l'article 2 et l'article 5 de la Loi ayant pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Déclaration canadienne des droits), Statuts du Canada 1960, chapitre 44.

(4) Ai-je commis une erreur de droit en décidant que la dénonciation de Douglas Germain, faite sous serment le 19 novembre 1970, est valide et ne doit pas être annulée malgré le sous-alinéa (ii) de l'alinéa (c) de l'article 2 et l'alinéa (d) de l'article 2 de la Déclaration canadienne des droits, Statuts du Canada 1960, chapitre 44.

Haines, J. answered these questions as follows:

(1) The answer to question (1) is Yes.

(2) The answer to question (2) is No.

(3) The answer to question (3) is No.

(4) The answer to question (4) is Yes as to s. 2(c)(ii) of the Canadian Bill of Rights, and No as to s. 2(d) of the same Act.

The Court of Appeal held that all the questions should be answered in the negative. Leave to appeal to this Court was granted generally. However, no argument was presented on question (3), as the same matter was involved in the pending case of *Curr v. The Queen*⁷. The point is now settled by the decision in that case.

Section 223 (now s. 235) reads:

223(1). Where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under section 222, he may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require him to provide then or as soon thereafter as is practicable a sample of his breath suitable to enable an analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample to be taken.

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

Le Juge Haines a répondu comme suit à ces questions:

[TRADUCTION]

(1) La réponse à la question (1) est oui.

(2) La réponse à la question (2) est non.

(3) La réponse à la question (3) est non.

(4) La réponse à la question (4) est oui, en ce qui concerne le sous-alinéa (ii) de l'alinéa (c) de l'article 2 de la Déclaration canadienne des droits, et non en ce qui concerne l'alinéa (d) de l'article 2 de la même loi.

La Cour d'appel a décidé qu'il fallait donner une réponse négative à toutes les questions. La permission d'interjeter appel à cette Cour a été accordée sans restriction. Toutefois, aucune plaidoirie n'a été présentée quant à la question (3), étant donné que celle-ci était déjà en jeu dans l'affaire *Curr c. La Reine*⁷, alors en instance. La décision rendue dans cette dernière affaire a maintenant réglé cette question.

L'article 223 (actuellement l'art. 235) se lit comme suit:

223(1). Lorsqu'un agent de la paix croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis à quelque moment au cours des deux heures précédentes, une infraction à l'article 222, il peut, par sommation faite à cette personne sur-le-champ ou aussitôt que c'est matériellement possible, exiger que cette personne fournisse alors ou aussitôt que c'est matériellement possible par la suite, un échantillon de son haleine propre à permettre de faire une analyse en vue d'établir la proportion d'alcool dans son sang, le cas échéant, et qu'elle le suive afin de permettre le prélèvement d'un tel échantillon.

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

⁷ [1972] S.C.R. 889, 18 C.R.N.S. 281, 7 C.C.C. (2d) 181.

⁷ [1972] R.C.S. 889, 18 C.R.N.S. 281, 7 C.C.C. (2d) 181.

The offence contemplated in s. 222 (now s. 234) is impaired driving. There is also in s. 224 (now s. 236) the offence of driving with more than 0.08 per cent blood alcohol. Finally, s. 224A (now s. 237) provides with respect to proceedings under either section, that the evidentiary value of a breath analysis is subject to the following requirements among others:

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

The material parts of s. 2 of the *Bill of Rights* are as follows:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

* * *

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

- (i) of the right to be informed promptly of the reason for his arrest or detention,
- (ii) of the right to retain and instruct counsel without delay, or

* * *

(d) authorize a court, tribunal, commission, board or other authority to compel a person to give evidence if he is denied counsel, protection against self incrimination or other constitutional safeguards: . . .

Our decision in the *Curr* case rules out the application of s. 2(d) and only s. 2(c)(ii) has to be

L'infraction créée à l'art. 222 (actuellement l'art. 234) est celle de conduire pendant que la capacité de conduire est affaiblie. D'autre part, l'art. 224 (actuellement l'art. 236) crée une infraction du fait de conduire lorsqu'on a plus de 0.08 pour cent d'alcool dans le sang. Finalement, l'art. 224A (actuellement l'art. 237) édicte, relativement aux procédures en vertu de l'un ou l'autre de ces articles, que la valeur probante d'une analyse de l'haleine est soumise entre autres aux conditions suivantes:

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

Les passages pertinents de l'art. 2 de la Déclaration des droits sont les suivants:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

* * *

(c) privant une personne arrêtée ou détenue

- (i) du droit d'être promptement informée des motifs de son arrestation ou de sa détention,
- (ii) du droit de retenir et constituer un avocat sans délai, ou

* * *

(d) autorisant une cour, un tribunal, une commission, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse le secours d'un avocat, la protection contre son propre témoignage ou l'exercice de toute garantie d'ordre constitutionnel; . . .

La décision que nous avons rendue dans l'affaire *Curr* élimine l'application de l'alinéa (d) de l'art.

considered in the present case. However, it appears more convenient to start by considering the situation under the *Criminal Code* only.

In its judgment, the Ontario Court of Appeal relied on two decisions of the Criminal Division of the U.K. Court of Appeal under somewhat similar legislation: *R. v. Clarke*⁸, and *Law v. Stephens*⁹. In the first of those cases, the accused had fled in his car after being stoppd and requested to take a breath test. He was chased at high speed, arrested for failing to take the test, taken to a police station, again requested to take a breath test and also to supply specimens of blood or urine. His last reply was "No, I will not do anything until I have seen my solicitor". The conviction for dangerous driving and for failing to supply specimens of blood or urine was upheld, the Court expressing the view that the wish to obtain legal advice before submitting to the test for blood alcohol could not be an excuse for not taking it.

In the second case, the accused had willingly accompanied an officer to the police station but his answers to the requests made upon him were that he wanted to speak to his solicitor. He was charged for failing to provide specimens as in the other case. The police contacted the accused's solicitor, who promptly came to the station and the accused, after speaking to him, offered to provide a specimen. This opportunity was refused by the police on the basis that there had been a refusal some time previously, that that was a final refusal and that the offence was complete. The conviction was upheld.

2 et seul le sous-alinéa (ii) de l'alinéa (c) de l'art. 2 doit être étudié en l'espèce. Toutefois, il semble plus pratique de commencer par considérer la situation en vertu du *Code criminel* seulement.

Dans son arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario s'est fondée sur deux décisions que la Criminal Division de la Cour d'appel du Royaume-Uni a rendues en vertu d'une loi relativement semblable: *R. v. Clarke*⁸ et *Law v. Stephens*⁹. Dans la première de ces causes, le prévenu avait fui dans sa voiture après qu'on l'eut fait arrêter et qu'on lui eut demandé de se soumettre au test de l'haleine. On le prit en chasse à vive allure, l'arrêta pour avoir fait défaut de se soumettre au test et l'amena au poste de police, puis on lui demanda à nouveau de se soumettre au test de l'haleine, lui demandant également de fournir des échantillons de sang ou d'urine. Sa dernière réponse a été la suivante: [TRADUCTION] «Non, je ne ferai rien avant d'avoir vu mon procureur». La déclaration de culpabilité d'avoir conduit d'une façon dangereuse et d'avoir fait défaut de fournir des échantillons de sang ou d'urine a été confirmée, la Cour statuant que le désir d'obtenir un avis juridique avant de se soumettre au test en vue de déterminer la proportion d'alcool dans le sang ne peut pas constituer une excuse raisonnable de ne pas s'y soumettre.

Dans la seconde cause, le prévenu avait de plein gré suivi un agent jusqu'au poste de police mais aux demandes qui lui ont été faites, il a répondu qu'il voulait parler à son procureur. Il a été accusé d'avoir fait défaut de fournir des échantillons, comme dans l'autre affaire. La police s'est mise en communication avec le procureur du prévenu, qui s'est tout de suite rendu au poste, et le prévenu, après avoir parlé à celui-ci, a offert de fournir un échantillon. Cette possibilité lui a été refusée par la police parce qu'il avait déjà refusé quelque temps auparavant, que c'était là un refus final et que l'infraction avait été commise. La déclaration de culpabilité a été confirmée.

⁸ [1969] 2 All E.R. 1008, 53 Cr. App. R. 438.

⁹ [1971] R.T.R. 358, [1971] Crim. L.R. 369.

⁸ [1969] 2 All E.R. 1008, 53 Cr. App. R. 438.

⁹ [1971] R.T.R. 358, [1971] Crim. L.R. 369.

In my opinion, the same view ought to be taken of the legal situation of a person who is properly requested to take a breath test under s. 222 (now s. 234) of the *Criminal Code*. What the police officer is entitled to do is to "require him to provide then or as soon thereafter as is practicable a sample of his breath . . .". The statute clearly contemplates immediate obedience to the request. What may constitute a reasonable excuse within subs. (2) is not defined. Therefore, this is to be determined under common law principles by virtue of s. 7(2) (now s. 7(3)) of the *Criminal Code* which reads:

7. (2) Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of the Parliament of Canada, except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of the Parliament of Canada.

The legal situation of a person who, on request, accompanies a peace officer for the purpose of having a breath test taken is not different from that of a driver who is required to allow his brakes to be inspected or to proceed to a weighing machine under s. 39(6) or s. 78(3) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202. Such a person is under a duty to submit to the test. If he goes away, or attempts to go away, to avoid the test, he may be arrested and charged but this does not mean that he is under arrest until this happens. He is merely obeying directions that police officers are entitled to issue. Motorists cannot reasonably expect to be allowed to seek legal advice before complying with such orders. Police officers are fully justified in treating as a definitive refusal a refusal to comply until legal advice is obtained.

A mon avis, le même point de vue devrait être adopté quant à la situation juridique de celui à qui l'on a légitimement demandé de se soumettre au test de l'haleine en vertu de l'art. 222 (actuellement l'art. 234) du *Code criminel*. L'agent de police est autorisé à «exiger que cette personne fournisse alors ou aussitôt que c'est matériellement possible par la suite, un échantillon de son haleine . . .». La loi envisage clairement que l'on se conforme immédiatement à cette demande. Ce qui constitue une excuse raisonnable au sens du par. (2) n'est pas défini. Par conséquent, il faut le déterminer en se fondant sur les principes de la *common law*, ainsi que le prescrit le par. (2) de l'art. 7 (actuellement le par. (3) du même article) du *Code criminel*, qui se lit comme suit:

7. (2) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des procédures pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi du Parlement du Canada, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi du Parlement du Canada ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

La situation juridique de celui qui, sur demande, suit un agent de la paix pour qu'un test de l'haleine soit effectué ne diffère pas de celle d'un conducteur qui est tenu de laisser quelqu'un inspecter ses freins ou de se diriger vers une balance pour que soit pesé son véhicule en vertu du par. (6) de l'art. 39 ou du par. (3) de l'art. 78 du *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202. Il est tenu de se soumettre au test. S'il part, ou essaie de partir, pour éviter le test, il peut être arrêté et inculpé mais cela ne veut pas dire qu'il a été jusqu'à ce moment-là en état d'arrestation. Il n'a fait que se conformer à des directives que les agents de police sont autorisés à donner. Les automobilistes ne peuvent pas raisonnablement s'attendre d'être autorisés à demander un avis juridique avant d'obtempérer à ces ordres. Les agents de police sont pleinement justifiés de traiter comme un refus définitif le refus d'obtempérer tant qu'un avis juridique n'est pas obtenu.

Does s. 2(c)(ii) of the *Bill of Rights* alter the common law situation with respect to motorists requested to submit to a test required by the *Criminal Code* as opposed to tests required by provincial legislation? I do not think so. The provision under consideration applies to "a person who has been arrested or detained". Such is not, it appears to me, the legal situation of one who has been required "to accompany" a peace officer for the purpose of having a breath test taken. The test may well be negative and, in such a case, it would be quite wrong to say that this person was arrested or detained and then released. Detained means held in custody as is apparent from such provisions as s. 15 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. i-2.

It is now necessary to consider whether, in this case, the situation is different because when the accused was requested to submit to the breath test, he had already been arrested for impaired driving. As a person under arrest, he undoubtedly came within the terms of s. 2(c)(ii) of the *Bill of Rights* and, therefore, he could not be deprived "of the right to retain and instruct counsel without delay". But he was not deprived of this right: approximately two hours after being taken to the police station, he was able to speak to his lawyer. It therefore appears from the stated case that what the police refused to do was to accept that the accused should not be required to take the breath test until after he had spoken to his lawyer, not that he should be permitted to retain and to instruct him without delay. When the accused having spoken to his lawyer finally asked for an opportunity to give a sample of his breath, the result of the test, if taken, would not have been available evidence against him. This is said to have occurred at approximately 3 a.m. while the time when the accused was observed driving a vehicle in a manner that attracted the attention of the police is given as 12.45. This was the time when an offence under s. 222 or s. 224 (now s. 234 and s. 236) could be said to have been committed. Therefore, more than two hours had elapsed.

Le sous-alinéa (ii) de l'alinéa (c) de l'art. 2 de la *Déclaration des droits* modifie-t-il la situation en *common law*, en ce qui concerne les automobilistes que l'on somme de se soumettre au test requis par le *Code criminel*, par opposition aux tests requis par la législation provinciale? Je ne le crois pas. La disposition à l'étude s'applique à «une personne arrêtée ou détenue». Telle n'est pas, me semble-t-il, la situation juridique de celui de qui l'on a exigé qu'il suive un agent de la paix pour qu'un test de l'haleine soit effectué. Il se peut fort bien que le test soit négatif, et en pareil cas, il serait bien erroné de dire que cette personne a été arrêtée ou détenue, puis libérée. «Détenue» signifie gardé, comme il ressort de dispositions telles que l'art. 15 de la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, c. I-2.

Il faut maintenant examiner si, en l'espèce, la situation est différente du fait que lorsqu'on a demandé au prévenu de se soumettre au test de l'haleine, il avait déjà été arrêté pour conduite pendant que sa capacité de conduire était affaiblie. En sa qualité de personne mise en état d'arrestation, il était sans aucun doute visé par le sous-alinéa (ii) de l'alinéa (c) de l'art. 2 de la *Déclaration des droits* et, par conséquent, il ne pouvait pas être privé «du droit de retenir et constituer un avocat sans délai». Mais il n'a pas été privé de ce droit: à peu près deux heures après avoir été amené au poste de police, il a pu parler à son avocat. Il semble donc, d'après l'exposé de cause, que ce que la police a refusé de faire, c'est d'accepter que le prévenu n'ait à prendre le test de l'haleine qu'après avoir parlé à son avocat, et non de lui permettre de retenir et constituer un avocat sans délai. Lorsqu'après avoir parlé à son avocat, le prévenu a finalement demandé la possibilité de fournir un échantillon de son haleine, le résultat du test, si celui-ci avait été effectué, n'aurait pas été une preuve recevable contre lui. On dit que cela s'est produit vers 3 heures du matin, alors que c'est à 0 h 45 du matin que la façon dont le prévenu conduisait son véhicule a attiré l'attention de l'agent. C'est à cette heure-là, peut-on dire, que l'infraction en vertu de l'art. 222 ou de l'art. 224 (actuellement l'art. 234 et l'art. 236) avait été commise. Par conséquent, plus de deux heures s'étaient écoulées.

I fail to see any reason for which a motorist suspected of impaired driving would be entitled to require the opportunity of obtaining legal advice before submitting to a breath test if under arrest at that time, while he would not have such right if not under arrest. I also fail to see how a refusal by the police to allow such a person to contact a legal adviser before submitting to such a test could be a lawful excuse if the person is then under arrest, not if he is only accompanying a police officer on request for the purpose of taking it.

I would dismiss the appeal.

The judgment of Hall and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J.—The central issue in this appeal is whether an arrested person who, subsequent to his arrest, is requested to provide a breath sample under s. 223(1) (now s. 235(1)) of the *Criminal Code* may be convicted under s. 223(2) (now s. 235(2)) of refusing without reasonable excuse to comply with that request if at that time he has not been allowed an opportunity to reach and consult his lawyer after having sought permission to do so. In short, the question before this Court is the effect of s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights* upon s. 223 (now s. 235) and associated provisions of the *Criminal Code* in the light of the circumstances set out below.

This question was not before this Court in *Regina v. Curr*¹⁰, in which judgment was given on May 1, 1972. That case ruled out attempted reliance by an accused, when requested to give a breath sample, upon the self-crimination provisions of s. 2(d) of the *Canadian Bill of Rights*. A factual point of difference between the *Curr* case and the present one is that the accused Curr

Je ne puis voir pourquoi un automobiliste soupçonné d'avoir conduit pendant que sa capacité de conduire était affaiblie pourrait avoir le droit d'exiger, s'il est en état d'arrestation à ce moment-là, la possibilité d'obtenir un avis juridique avant de se soumettre au test de l'haleine, alors qu'il n'aurait pas ce droit s'il n'était pas en état d'arrestation. Je ne puis voir non plus comment le refus de la police de lui permettre de communiquer avec un conseiller juridique avant de se soumettre au test pourrait constituer une excuse raisonnable lorsqu'il est en état d'arrestation, et ne pas en constituer une lorsqu'il ne fait que suivre, sur demande, un agent de police pour que soit effectué le test.

Je rejeterais le pourvoi.

Le jugement des Juges Hall et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN—Dans le présent appel, il s'agit essentiellement de savoir si, lorsqu'on exige d'une personne en état d'arrestation qu'elle fournisse un échantillon d'haleine en vertu de l'art. 223(1) (actuellement l'art. 235(1)) du *Code criminel*, celle-ci peut être déclarée coupable en vertu de l'art. 223(2) (actuellement l'art. 235(2)) d'avoir refusé, sans excuse raisonnable, d'obtempérer à cette exigence, si on ne lui a pas donné la possibilité de rejoindre et de consulter son avocat à ce moment-là, alors qu'elle avait demandé l'autorisation de le faire. Bref, la question que cette Cour doit trancher est celle de l'effet de l'art. 2(c) (ii) de la *Déclaration canadienne des droits* sur l'art. 223 (actuellement l'art. 235) et sur les dispositions connexes du *Code criminel* dans les conditions exposées ci-dessous.

Cette Cour n'a pas eu à trancher cette question dans l'affaire *Regina c. Curr*¹⁰, dans laquelle jugement a été rendu le 1^{er} mai 1972. Ce dernier arrêt rejette la prétention de l'accusé qui, ayant été sommé de fournir un échantillon d'haleine, invoquait les dispositions de l'art. 2(d) de la *Déclaration canadienne des droits* relatives à l'auto-accusation. Un point sur lequel l'affaire *Curr* dif-

¹⁰ [1972] S.C.R. 889, 18 C.R.N.S. 281, 7 C.C.C. (2d) 181.

¹⁰ [1972] R.C.S. 889, 18 C.R.N.S. 281, 7 C.C.C. (2d) 181.

had not been under arrest when he was asked to provide a breath sample; Brownridge, on the other hand, had been arrested on a charge of impaired driving before he was taken to a police station where he was asked to give the sample. I do not attach any significance to this factual difference in its relation to s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*.

Of the four questions set out in the stated case, out of which this appeal arises, only the first and the fourth need be considered. The second concerns the factual question whether accused's conduct amounted to a refusal to provide a breath sample, and there is no doubt that it did. The third relates to the self-crimination point which was decided in *Regina v. Curr*. Questions 1 and 4 and the answers thereto given by Haines J. and by the Ontario Court of Appeal respectively are as follows:

1. Did I err in law in holding that the accused did not offer a reasonable excuse to refuse to provide a sample of his breath, although he had been denied the opportunity of consulting his lawyer after the opportunity was requested by him.

4. Did I err in law in holding that the information of Douglas Germain sworn on the 19th day of November, 1970 was valid and ought not to be quashed despite the provisions of subparagraph (ii) of subsection (c) of section 2 and subparagraph (d) of section 2 of the Canadian Bill of Rights, Statutes of Canada 1960 Chapter 44.

Answer to question 1: Haines J., Yes. Court of Appeal, No.

Answer to question 4: Haines J., Yes as to s. 2(c)(ii). No as to s. 2(d). Court of Appeal, No.

The breath sample provisions of the *Criminal Code* are in the following terms:

223. (1) Where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is commit-

fère de la présente cause quant aux faits, c'est que l'accusé Curr n'était pas en état d'arrestation au moment où on lui a demandé de fournir un échantillon d'haleine, alors que Brownbridge, lui, a été arrêté sous une accusation de conduite pendant que sa capacité était affaiblie; ce dernier a ensuite été amené au poste de police, où on lui a demandé de fournir l'échantillon. Je n'attache aucune importance à cette divergence dans les faits, vue sous l'angle de l'art. 2(c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Des quatre questions soulevées dans l'exposé de cause qui a entraîné le présent appel, seules la première et la quatrième doivent être examinées. La seconde porte sur la question de fait suivante: le comportement de l'accusé équivalait-il à un refus de fournir un échantillon d'haleine; il est certain que oui. La troisième a trait à la question relative à l'auto-accusation, sur laquelle la Cour s'est prononcée dans l'affaire *Regina c. Curr*. Les questions 1 et 4 et les réponses qu'y ont données le Juge Haynes et la Cour d'appel de l'Ontario sont respectivement les suivantes:

[TRADUCTION] 1. Ai-je commis une erreur de droit en décidant que le prévenu n'a pas donné une excuse raisonnable pour refuser de fournir un échantillon de son haleine, même si on ne lui a pas donné la possibilité de consulter son avocat après qu'il eut demandé qu'on lui accorde cette possibilité.

4. Ai-je commis une erreur de droit en décidant que la dénonciation de Douglas Germain, faite sous serment le 19 novembre 1970, est valide et ne doit pas être annulée malgré le sous-alinéa (ii) de l'alinéa c) de l'article 2 et l'alinéa d) de l'article 2 de la Déclaration canadienne des droits, Statuts du Canada 1960, chapitre 44.

Réponse à la question 1: le Juge Haines: oui; la Cour d'appel: non.

Réponse à la question 4: le Juge Haines: oui, en ce qui concerne l'art. 2(c)(ii); non, en ce qui concerne l'art. 2(d); la Cour d'appel: non.

Les dispositions du *Code criminel* relatives à l'échantillon d'haleine sont rédigées dans les termes suivants:

223. (1) Lorsqu'un agent de la paix croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables,

ting, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under section 222, he may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require him to provide then or as soon thereafter as is practicable a sample of his breath suitable to enable an analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample to be taken.

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

Related to these provisions are s. 222 (now s. 234) making impaired driving an offence and s. 224 (now s. 236) making it an offence to drive with more than 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood. Section 224A (now s. 237) provides that in proceedings under ss. 222 or 224, evidence of the result of the chemical analysis of the sample taken pursuant to s. 223(1) establishes rebuttable proof of the proportion of alcohol in the blood if, *inter alia*, "the sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event not later than two hours after that time" (s. 224A(c)(ii)).

Section 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights* reads:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

qu'une personne est en train de commettre, ou a commis à quelque moment au cours des deux heures précédentes, une infraction à l'article 222, il peut, par sommation faite à cette personne sur-le-champ ou aussitôt que c'est matériellement possible, exiger que cette personne fournisse alors ou aussitôt que c'est matériellement possible par la suite, un échantillon de son haleine propre à permettre de faire une analyse en vue d'établir la proportion d'alcool dans son sang, le cas échéant, et qu'elle le suive afin de permettre le prélèvement d'un tel échantillon.

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

Sont connexes à ces dispositions, l'art. 222 (actuellement l'art. 234), établissant l'infraction de conduire un véhicule pendant que la capacité de conduire est affaiblie, et l'art. 224 (actuellement l'art. 236), créant l'infraction de conduire lorsqu'il y a plus de 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. L'article 224A (actuellement l'art. 237) édicte que dans toutes procédures en vertu de l'article 222 ou 224, la preuve du résultat de l'analyse chimique d'un échantillon prélevé en vertu du par. (1) de l'art. 223 constitue une preuve réfutable de la proportion d'alcool dans le sang si, entre autres, «l'échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction est alléguée avoir été commise et, de toute façon, pas plus de deux heures après ce moment» (art. 224A(c)(ii)).

L'article 2(c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits* se lit comme suit:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

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

* * *

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

Haines J. held that the effect of s. 2(c)(ii) upon s. 223 of the *Criminal Code* was to provide the accused with a reasonable excuse for refusing to give a breath sample when he was denied the opportunity to consult counsel. In his view, s. 2(c)(ii) did not render s. 223 inoperative but operated upon the construction of s. 223 so as to provide a ground of "reasonable excuse" under that exonerating clause of subs. 2 of that section. Indeed, he went on to say that the statutory defence of reasonable excuse could be invoked in the present case even if there was no *Canadian Bill of Rights*. Moreover, he was of the opinion that questions 1 and 4 boiled down to the same question in relation to s. 2(c)(ii), and he concluded that the information sworn against the accused under s. 223(2) was accordingly invalid and should be quashed.

The Court of Appeal agreed with Haines J. that one issue only was raised by questions 1 and 4 as they related to s. 2(c)(ii), namely, whether the denial of the accused's request to consult counsel afforded him a reasonable excuse to refuse to give a breath sample upon demand. It based its negative answer to that question by contrasting the words "without delay" in s. 2(c)(ii) and the words "forthwith or as soon as practicable" in s. 223(1), and concluding that "without delay" did not mean "instantly", but was to be construed by taking into account all relevant circumstances. In the present case, this meant, in the view of the Court of Appeal, making reasonable allowance for the operation of the policy embedded in s. 223, which commanded a police constable to act forthwith, i.e. immediately, or as soon as the necessary test equipment could be procured, due regard being had to the two hour time limitation of s. 224A.

(c) privant une personne arrêtée ou détenue

* * *

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

Le Juge Haines a décidé que l'effet de l'art. 2(c)(ii) sur l'art. 223 du *Code criminel* est de fournir à l'accusé une excuse raisonnable pour refuser de donner un échantillon d'haleine lorsqu'il est privé de la possibilité de consulter un avocat. A son avis, l'art. 2(c)(ii) ne rend pas l'art. 223 inopérant mais a un effet sur l'interprétation de ce dernier de sorte qu'il fournit une «excuse raisonnable» au sens de la restriction contenue dans le paragraphe 2 de cet article. De fait, il a ajouté qu'en l'espèce le moyen légal de défense que constitue l'excuse raisonnable pouvait être invoqué même en l'absence de la *Déclaration canadienne des droits*. De plus, il s'est dit d'avis que les questions 1 et 4 se résument en une seule question en ce qui concerne l'art. 2(c)(ii), et il a conclu que la dénonciation faite sous serment contre l'accusé en vertu de l'art. 223(2) était donc invalide et devait être annulée.

La Cour d'appel a souscrit à l'avis du Juge Haines qu'en ce qui concerne l'art. 2(c)(ii), les questions 1 et 4 soulevaient une seule question, soit celle de savoir si le refus d'accéder à la demande de l'accusé de consulter un avocat lui fournissait une excuse raisonnable pour refuser de donner un échantillon d'haleine lorsqu'on le somrait de donner un tel échantillon. Pour répondre non à cette question, elle a comparé l'expression «sans délai» de l'art. 2(c)(ii) et l'expression «sur-le-champ ou aussitôt que c'est matériellement possible» de l'art. 223(1), et elle a conclu que l'expression «sans délai» ne voulait pas dire «tout de suite», mais devait s'interpréter en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. En l'espèce, cela laissait, selon la Cour d'appel, suffisamment de temps pour mettre en application la ligne de conduite établie à l'art. 223, qui prescrit à l'agent de police d'agir sur-le-champ, c.-à-d. immédiatement ou aussitôt que l'appareil requis pour le test peut être obtenu, compte tenu de la limite de deux heures fixée à l'art. 224A.

It is not disputed in the present case that there were reasonable and probable grounds within the stipulations of s. 223(1) to support a demand for a breath sample. Counsel for the appellant accused contended on this basis, and having regard to what happened after the accused was arrested, that there were two separate issues raised by questions 1 and 4 and not simply one as the Courts below had stated. For him, the question whether the denial of the opportunity to consult counsel was a reasonable excuse within s. 223(2) was a different question from whether that denial (regardless of whether there was a reasonable excuse) constituted such an infringement of the *Canadian Bill of Rights* as to entitle the accused to have the information stayed or quashed or the conviction set aside.

In my opinion, the stated case does raise two separate issues in its questions 1 and 4. Question 1 has to do with the construction and application of s. 223 alone, but question 4 raises a more general issue of the effect of an infringement of the *Canadian Bill of Rights*. That question as formulated in the stated case is limited to the effect upon the criminal proceedings against the accused of the alleged infringement of one of the guarantees of the *Canadian Bill of Rights*.

Counsel for the Crown conceded in this Court that s. 2(c)(ii), having regard to its text and to the other provisions of the *Canadian Bill of Rights*, gave an accused a right to call for counsel prior to trial. He submitted, however, that the denial of that right gives rise to no remedy save that of having a federal enactment declared inoperative. In the present case, moreover (so his contention went) the discretion given to a police officer under s. 223(1) of the *Criminal Code* to demand a breath sample was not in conflict with the accused's right to invoke s. 2(c)(ii). I understood his submission to go this far; that even if there was a conflict which emerged in the administration of the legislation, the accused's position in respect of the charge against him was not affected by s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*; no

En l'espèce, il n'est pas contesté qu'il existait des motifs raisonnables et probables, au sens de l'art. 223(1), justifiant la demande d'un échantillon d'haleine. Se fondant sur cela, l'avocat de l'accusé appelant a prétendu, eu égard en outre aux événements qui sont survenus après l'arrestation de l'accusé, que les questions 1 et 4 soulevaient deux points distincts et non pas simplement un seul comme l'avaient déclaré les cours d'instance inférieure. Selon lui, la question de savoir si le fait de ne pas donner la possibilité de consulter un avocat constituait une excuse raisonnable au sens de l'art. 223(2) différait de celle de savoir si ce fait (qu'il y ait ou non une excuse raisonnable) constituait une transgression de la *Déclaration canadienne des droits* permettant à l'accusé de faire suspendre ou annuler la dénonciation ou de faire infirmer la déclaration de culpabilité.

A mon avis, l'exposé de cause soulève deux points distincts par les questions 1 et 4 qui y sont formulées. La question 1 porte sur l'interprétation et l'application du seul art. 223, mais la question 4 soulève la question plus générale de l'effet d'une transgression de la *Déclaration canadienne des droits*. Cette question, telle que formulée dans l'exposé de cause, se limite à l'effet de la transgression imputée de l'une des garanties reconnues par la *Déclaration canadienne des droits* sur les procédures criminelles intentées contre l'accusé.

Le procureur de la Couronne a convenu en cette Cour que l'art. 2(c)(ii), compte tenu de son libellé et des autres dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, conférait à l'accusé le droit de demander un avocat avant le procès. Toutefois, il a soutenu que le défaut de permettre l'exercice de ce droit n'entraîne aucun recours sauf celui de faire déclarer inopérante une disposition législative fédérale. De plus, en l'espèce (toujours selon le procureur de la Couronne), le pouvoir qui est laissé à la discrétion des agents de police en vertu de l'art. 223(1) du *Code criminel*, d'exiger un échantillon d'haleine ne vient pas en conflit avec le droit de l'accusé d'invoquer l'art. 2(c)(ii). Selon moi, la prétention du procureur de la Couronne va jusqu'à dire ceci: même si la mise en application de la disposition législative

remedy was prescribed by that Act other than to render legislation inoperative, as in *Regina v. Drybones*¹¹; no such consequence arose in the present case; and the infringement of a right arising prior to trial could not affect the regularity of the trial itself. I shall return to the question of the available relief after I have dealt with the issue raised in question 1.

The precise form of question 1 does not, in my opinion, reduce it to a question of fact. I read it to mean that the trial judge ruled as a matter of law that denial of an accused's request to consult a lawyer before he would agree to give a breath sample did not provide a reasonable excuse to an accused for refusing to give such a sample.

I agree with this ruling of the trial judge because I regard the phrase "without reasonable excuse" as adding a defence or a bar to successful prosecution which would not be available without those words, but not as encompassing defences or bars that would exist without them. For example, a right of diplomatic immunity from the domestic criminal law would exist regardless of the absence of the words "without reasonable excuse"; and similarly, in my view, if s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights* sets up a bar, it is one which is independent of the presence of the words in question. It would be strange, indeed, if the effect of the immunity above-mentioned or of the *Canadian Bill of Rights* was vitiated by repeal of the words "without reasonable excuse".

I take as another illustration the two hour time limit mentioned in s. 223(1). It would be a defence to any demand to provide a breath sample

entraîne un conflit, la situation de l'accusé relativement à l'accusation portée contre lui n'est pas modifiée par l'art. 2(c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*; cette loi n'établit d'autre recours que celui de rendre inopérante la disposition législative, comme dans l'affaire *Regina c. Drybones*¹¹; en l'espèce, il ne peut y avoir semblable conséquence, et la violation d'un droit prenant naissance avant le procès ne peut pas influencer sur la régularité du procès même. Je reviendrai sur la question du recours disponible après m'être prononcé sur le point que soulève la question 1.

A mon avis, la formulation précise de la question 1 ne la réduit pas à une question de fait. Je l'interprète comme voulant dire que le juge de première instance a décidé qu'en droit, le fait de ne pas accéder à la demande de l'accusé de consulter un avocat avant qu'il accepte de donner un échantillon d'haleine ne lui fournit pas une excuse raisonnable pour refuser de donner cet échantillon.

Je souscris à cette décision du juge de première instance parce que j'interprète l'expression «sans excuse raisonnable» comme ajoutant, à titre de motif du rejet d'une poursuite, un moyen de défense ou d'irrecevabilité qui ne serait pas disponible en son absence, et parce que je n'interprète pas cette expression comme visant des moyens de défense ou d'irrecevabilité qui existent même en l'absence de cette expression. Par exemple, le droit à l'immunité diplomatique vis-à-vis du droit criminel interne existe même en l'absence de l'expression «sans excuse raisonnable»; de même, à mon avis, si l'art. 2(c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits* établit un moyen d'irrecevabilité, celui-ci ne dépend pas de l'existence de l'expression en question. En fait, il serait étrange que l'effet de l'immunité ci-dessus mentionnée ou de la *Déclaration canadienne des droits* soit vicié par l'abrogation de l'expression «sans excuse raisonnable».

Je prends comme autre exemple la limite de deux heures mentionnée à l'art. 223(1). Si l'infraction imputée est commise plus de deux heures

¹¹ [1970] S.C.R. 282, 10 C.R.N.S. 334, 71 W.W.R. 161, [1970] 3 C.C.C. 355, 9 D.L.R. (3d) 473.

¹¹ [1970] R.C.S. 282, 10 C.R.N.S. 334, 71 W.W.R. 161, [1970] 3 C.C.C. 355, 9 D.L.R. (3d) 473.

that the alleged offence had been committed more than two hours prior thereto. This defence arises independently of any that are envisaged by the words "without reasonable excuse" and hence is not dependent on them.

The English cases cited to this Court, such as *Regina v. Clarke*¹² and *Law v. Stephens*¹³, apart from such considerations as were raised by Haines J. in his discussion of them, are inapplicable. The right to counsel in England does not stand on such a statutory foundation as is provided here by the *Canadian Bill of Rights*. There, a defence on that basis would not arise independently of reliance on the exoneration given by the words "without reasonable excuse".

The terms of s. 223(1), taken alone, appear to me to warrant the construction that, generally speaking, the police are obliged to proceed promptly to carry out their duties thereunder without waiting upon third parties whose aid an accused may seek, whether it be his doctor or his lawyer or his parent or guardian. I would not, therefore, agree to any general rule that a request for such third party aid must qualify as reasonable excuse within the meaning of the section.

It follows from my reading of s. 223 that question 1, confined as it is strictly to the issue of reasonable excuse, should be answered in the negative. This brings me to the larger issue posed by question 4, which, put broadly, is whether the administration of s. 223 is in any way qualified by s. 2(c)(ii) and, if so, whether the accused could properly be tried or convicted on the charge against him, laid under s. 223(2), when he was denied an opportunity to consult counsel.

I do not share the opinion of the Ontario Court of Appeal that the right to resort to s. 2(c)

auparavant, cela constitue un moyen de défense à toute sommation de fournir un échantillon d'haleine. Ce moyen de défense existe indépendamment de tout moyen visé par l'expression «sans excuse raisonnable» et ne dépend donc pas de cette expression.

Les arrêts anglais cités en cette Cour, comme *Regina v. Clarke*¹² et *Law v. Stephens*¹³, indépendamment des points qu'a soulevés le Juge Haines en étudiant ces arrêts, ne s'appliquent pas. En Angleterre, le droit à un avocat n'a pas de fondement statutaire tel que celui qui existe ici par suite de la *Déclaration canadienne des droits*. En Angleterre, un moyen de défense fondé sur ce droit ne surgirait pas indépendamment de l'appui que l'on pourrait tirer de la justification prévue par l'expression «sans excuse raisonnable».

Le texte de l'art. 223(1), considéré isolément, me semble justifier l'interprétation que, généralement parlant, les agents de police doivent remplir promptement les devoirs qui leur sont conférés en vertu de cet article sans attendre les tiers dont l'accusé peut demander l'assistance, qu'il s'agisse de son médecin ou de son avocat, ou d'un parent ou tuteur. Par conséquent, je ne souscrirais pas à toute règle générale que la demande d'être assisté par un tiers doit être considérée comme une excuse raisonnable au sens de cet article.

De mon interprétation de l'art. 223, il découle que la question 1, portant strictement sur la question de l'excuse raisonnable, devrait obtenir une réponse négative. Cela m'amène à la question plus générale soulevée par la question 4, qui, si on l'énonce en termes généraux, est celle de savoir si la mise en application de l'art. 223 se trouve de quelque façon restreinte par l'art. 2(c)(ii) et, dans l'affirmative, si l'accusé peut régulièrement être jugé ou déclaré coupable relativement à l'accusation portée contre lui en vertu de l'art. 223(2) quand on ne lui a pas donné la possibilité de consulter un avocat.

Je ne partage pas l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario que le droit de recourir à l'art. 2(c)(ii)

¹² [1969] 2 All E.R. 1008, 53 Cr. App. R. 438.

¹³ [1971] R.T.R. 358, [1971] Crim. L.R. 369.

¹² [1969] 2 All E.R. 1008, 53 Cr. App. R. 438.

¹³ [1971] R.T.R. 358, [1971] Crim. L.R. 369.

(ii) in the face of the invocation of s. 223(1) is preserved by giving different meanings to the phrase "without delay" in s. 2(c)(ii) and to the phrase "forthwith or as soon as practicable" in s. 223(1). Neither taken by themselves nor in the context in which they appear do the phrases convey any lesser sense of urgency in the one case than in the other. I cannot reconcile the Court of Appeal's view of "forthwith" in the present case with the view it took of that word in its earlier decision in *Regina c. MacGillivray*¹⁴. For all practical purposes, "without delay" and "forthwith" are interchangeable. Whatever leeway of time each allows is particular to its own setting; I can see no justification for finding leeway in one by measuring it against the other, except as a matter of preference for the policy which the one or the other expresses.

If there is to be a preference, I think that the language of the *Canadian Bill of Rights* requires that it be accorded to the guarantees of that enactment. Section 2 enjoins a construction and application of a law of Canada, in this case s. 223, that would abridge or infringe any of the rights or freedoms recognized in the *Canadian Bill of Rights*; and one of these is the right of an arrested or detained person to retain and instruct counsel without delay. I must note however that in particularizing certain rights, s. 2 speaks in terms of *depriving* an arrested or detained person of the right to retain and instruct counsel without delay. I do not see that this weakens the injunction against abridgment or infringement.

On this view, it does not lie with an arresting police officer to determine in his discretion or on a superior's instructions whether or when to permit an arrested person to contact his counsel. The right to retain and instruct counsel without delay

à la suite d'une sommation faite en vertu de l'art. 223(1) est conservé en donnant un sens différent à l'expression «sans délai» de l'art. 2(c)(ii) et à l'expression «sur-le-champ ou aussitôt que c'est matériellement possible» de l'art. 223(1). Qu'elles soient considérées isolément ou dans le contexte dans lequel elles s'insèrent, ni l'une ni l'autre de ces expressions ne manifestent une urgence moindre. Je ne puis concilier l'interprétation que la Cour d'appel a donnée en l'espèce à l'expression «sur-le-champ» et celle qu'elle a donnée à la même expression dans l'arrêt qu'elle avait déjà rendu dans l'affaire *Regina v. MacGillivray*¹⁴. A toutes fins utiles, les expressions «sans délai» et «sur-le-champ» sont interchangeables. L'espace de temps laissé par chaque expression dépend des circonstances; je ne puis voir rien qui permette de déterminer quel espace de temps est accordé par l'une en la comparant avec l'autre, sauf la préférence que l'on peut avoir pour la ligne de conduite exprimée par l'une ou l'autre de ces expressions.

S'il doit exister une préférence, je crois que les termes de la *Déclaration canadienne des droits* requièrent que cette préférence soit en accord avec les garanties reconnues par cette loi. L'article 2 prescrit qu'il faut interpréter et appliquer les lois du Canada, en l'espèce l'art. 223, de façon à ne pas restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou libertés reconnus dans la *Déclaration canadienne des droits*; l'un de ceux-ci est le droit d'une personne arrêtée ou détenue de retenir et constituer un avocat sans délai. Toutefois, je dois noter qu'en spécifiant certains droits, l'art. 2 parle de *priver* une personne arrêtée ou détenue du droit de retenir et constituer un avocat sans délai. Je n'interprète pas ce libellé comme restreignant la portée de la prescription édictée à l'encontre d'une diminution ou d'une transgression des droits visés.

D'après cette interprétation, il n'appartient pas à l'agent qui effectue l'arrestation de déterminer à sa discrétion ou sur les ordres de son chef s'il doit permettre à une personne arrêtée de communiquer avec son avocat ou à quel moment celle-ci doit

¹⁴ [1971] 3 O.R. 452, 4 C.C.C. (2d) 244.

¹⁴ [1971] 3 O.R. 452, 4 C.C.C. (2d) 244.

can only have meaning to an arrested or detained person if it is taken as raising a correlative obligation upon the police authorities to facilitate to reach counsel, if granted, would mean inability contact with counsel. This means allowing him upon his request to use the telephone for that purpose if one is available. I am not concerned in this case with determining how many calls must be permitted. Here, on the facts, the accused was prevented from making even one. I am content to say for the purposes of this case that the accused's right under s. 2(c)(ii) would have been sufficiently recognized if, having been permitted to telephone, he had reached his counsel and had spoken with him over the telephone. I would not construe the right given by s. 2(c)(ii), when invoked by an accused upon whom a demand is made under s. 223(1), as entitling him to insist on the personal attendance of his counsel if he can reach him by telephone. I refrain from enlarging on the matters mentioned in this paragraph of my reasons because it is better that this be done when particular cases call for it.

On the facts of the present case, it appears to me quite probable that an opportunity could have been given to the accused to try to reach counsel consistently with requiring him to submit to the breath test within the two hour period within which an analyst's certificate of the result of the test would be admissible as *prima facie* proof of the proportion of alcohol in the accused's blood. The stated case shows that it was about 12:45 a.m. when the accused was seen by a police constable driving a motor vehicle; and it was about 1 a.m. the same day that the accused, having been arrested and taken to a police station, was asked to provide a breath sample; and it was at that time that he asked for an opportunity to speak to his lawyer and refused to give a breath sample when he was denied that opportunity. He did speak to his lawyer about 3 a.m. the same day, and then offered to give a breath sample but his offer was refused. I assume that it was refused because of the lapse of the two hour period.

le faire. Le droit de retenir et constituer un avocat sans délai ne peut servir à une personne arrêtée ou détenue que si l'on considère qu'il entraîne de la part des autorités policières l'obligation correlative de faciliter le recours à l'avocat. Cela veut dire qu'à la demande de cette personne, on doit lui permettre d'utiliser le téléphone à cette fin s'il en est un de disponible. En l'espèce, je n'ai pas à me demander combien d'appels doivent être autorisées. Ici, d'après les faits, l'accusé n'a même pas été autorisé à faire un appel. Aux fins de la présente cause, je suis prêt à dire que le droit de l'accusé en vertu de l'art. 2(c)(ii) aurait été reconnu d'une façon suffisante si, ayant été autorisé à téléphoner, il avait rejoint son avocat et lui avait parlé au téléphone. Je n'interpréterais pas le droit conféré à l'art. 2(c)(ii), lorsqu'il est invoqué par un accusé auquel une sommation a été faite en vertu de l'art. 223(1), comme lui permettant d'insister pour que son avocat soit présent s'il peut rejoindre celui-ci par téléphone. Je m'abstiens de m'étendre davantage sur les questions mentionnées dans le présent alinéa de mes motifs parce qu'il est préférable d'attendre, pour le faire, qu'une affaire particulière les mette en jeu.

D'après les faits de la présente cause, il me paraît assez probable qu'on aurait pu donner à l'accusé la possibilité d'essayer de rejoindre un avocat tout en l'obligeant à se soumettre au test de l'haleine dans le délai de deux heures requis pour que le certificat de l'analyste indiquant les résultats de l'épreuve soit recevable comme preuve *prima facie* de la proportion d'alcool dans le sang de l'accusé. L'exposé de cause montre qu'il était environ 12 h 45 du matin lorsqu'un agent de police a vu l'accusé au volant d'un véhicule à moteur; il était environ 1 heure du matin le même jour lorsqu'on a demandé à l'accusé, mis en état d'arrestation et amené au poste de police, de fournir un échantillon d'haleine; c'est alors qu'il a demandé qu'on lui donne la possibilité de parler à son avocat et qu'il a refusé de fournir un échantillon d'haleine après s'être vu dénier cette possibilité. Il a parlé à son avocat vers 3 heures du matin le même jour, puis a offert de fournir un échantillon d'haleine mais son offre a été refusée. Je suppose qu'elle l'a été à cause de l'expiration du délai de deux heures.

Before turning to my view of the consequences that flow from the state of the facts herein and from the probability that I have indicated, I wish to face up to the situation where the request to take the breath sample within the two hours mentioned in s. 223(1) and s. 224A(c)(ii), thus obliging the Crown to prove its case without the benefit of a rebuttable presumption. Weighing the respective interests involved, I have no doubt that primacy must be given to the substantive protection accorded by the *Canadian Bill of Rights* rather than to the statutory rule of evidence embodied in s. 224A(c)(ii). I cannot be persuaded that it is more important for the Crown, to whom ordinary modes of proof are available, to have the benefit of a rebuttable presumption through an analyst's certificate than it is for an accused to have the benefit of counsel.

Having regard to the facts and to the probability stated, the remaining issue is whether the improper denial of an opportunity to consult counsel affects the validity of the information upon which the accused was tried and convicted or the validity of the conviction itself. Question 4 is not framed in a way which expressly raises the validity of the conviction, but I take this to be necessarily involved in it; certainly the case was argued on this basis as well as having been so treated in the respective factums of the parties.

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

Avant d'étudier les conséquences qui découlent selon moi des circonstances particulières de l'espèce et de la probabilité dont j'ai fait mention, je désire considérer le cas où, en accédant à la demande de rejoindre un avocat, il devient impossible de prendre l'échantillon d'haleine dans le délai de deux heures mentionné aux art. 223(1) et 224A(c)(ii), la Couronne se trouvant ainsi obligée d'établir le bien-fondé de sa plainte sans avoir le bénéfice d'une présomption réfutable. Si je pèse les divers intérêts en jeu, je ne doute pas qu'il faille donner la primauté à la protection fondamentale accordée par la *Déclaration canadienne des droits* plutôt qu'à la règle légale de preuve énoncée à l'art. 224A(c)(ii). Je ne puis me convaincre qu'il est plus important pour la Couronne, qui a à sa disposition les modes ordinaires de preuve, d'avoir au moyen du certificat d'un analyste le bénéfice d'une présomption réfutable, que pour l'accusé d'avoir le bénéfice d'un avocat.

Eu égard aux faits et à la probabilité dont j'ai parlé, il reste à déterminer si le fait de ne pas donner la possibilité, et ce sans justification, de consulter un avocat influe sur la validité de la dénonciation à l'égard de laquelle l'accusé a subi son procès et a été déclaré coupable ou sur la validité de la déclaration de culpabilité elle-même. La question 4 n'est pas formulée de façon à soulever expressément la question de la validité de la déclaration de culpabilité, mais je considère que cette question y est nécessairement en jeu; à coup sûr, la cause a été traitée sur cette base tant dans les plaidoiries que dans les factums respectifs des parties.

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

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

A police officer cannot turn his violation of an accused's rights into an exercise of lawful powers of his own so as to support a charge of a criminal offence which ordinarily arises if those powers are flouted. Where the accused's rights have primacy, as is the case here, the police officer cannot assert his own powers as being then lawfully exercised when that assertion amounts to a denial of the rights of an accused.

I am not dealing here with a situation where an offence has been allegedly committed prior to the denial of the right to counsel, or where the denial of the right to counsel, if it occurs first, is unrelated to an offence allegedly committed subsequently. Such cases as *Regina v. Steeves*¹⁵, *O'Connor v. The Queen*¹⁶ and *Regina v. Ballegeer*¹⁷ do not touch the kind of situation presented here, although the last-mentioned one has some affinity. There, the denial of right to counsel, following a charge against and detention of an accused, from

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

Les agents de police ne peuvent faire de la violation par eux des droits d'un accusé l'exercice de pouvoirs légaux leur appartenant, et de cette façon asseoir l'accusation d'avoir commis l'infraction criminelle qui surgit ordinairement lorsqu'on fait fi de ces pouvoirs. Lorsque les droits d'un accusé ont primauté, comme en l'espèce, l'agent de police ne peut pas affirmer que ses propres pouvoirs ont été exercés légalement lorsque cette affirmation équivaut à priver l'accusé de ses droits.

Je ne parle pas ici du cas où une infraction aurait été commise avant d'avoir privé une personne du droit à un avocat, ou du cas où une personne a d'abord été privée de ce droit mais sans que cela ait pour autant un rapport avec l'infraction qui aurait subséquemment été commise. Des arrêts comme *Regina v. Steeves*¹⁵, *O'Connor c. La Reine*¹⁶ et *Regina v. Ballegeer*¹⁷, n'ont pas trait au genre de situation envisagé dans la présente cause, bien que le dernier présente une certaine affinité. Dans celui-ci, le déni du droit à

¹⁵ [1964] 1 C.C.C. 266, 49 M.P.R. 227, 42 C.R. 234, 42 D.L.R. (2d) 335.

¹⁶ [1966] S.C.R. 619, 48 C.R. 270, [1966] 4 C.C.C. 342, 57 D.L.R. (2d) 123.

¹⁷ [1969] 3 C.C.C. 353, 66 W.W.R. 570, 1 D.L.R. (3d) 74.

¹⁵ [1964] 1 C.C.C. 266, 49 M.P.R. 227, 42 C.R. 234, 42 D.L.R. (2d) 335.

¹⁶ [1966] R.C.S. 619, 48 C.R. 270, [1966] 4 C.C.C. 342, 57 D.L.R. (2d) 123.

¹⁷ [1969] 3 C.C.C. 353, 66 W.W.R. 570, 1 D.L.R. (3d) 74.

whom a statement was subsequently obtained, as a result of which he pleaded guilty, was the basis of an order for a new trial so that the accused could withdraw his plea of guilty and plead not guilty.

It follows from my reasons that I would answer question 1 in the negative and question 4 (in its reference to s. 2(c)(ii)) in the affirmative. In the result, I would allow the appeal, set aside the order of the Ontario Court of Appeal and restore the order of Haines J. quashing the conviction.

Appeal allowed, Abbott, Judson and Pigeon J.J. dissenting.

Solicitor for the appellant: David J. D. Sims, Toronto.

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

un avocat, intervenu après la mise en accusation et la détention de l'accusé, de qui une déclaration fut subséquemment obtenue, ce qui fit que l'accusé plaida coupable, constitue le fondement de l'ordonnance de nouveau procès en raison de laquelle l'accusé a pu retirer son plaidoyer de culpabilité et plaider non coupable.

Il découle de mes motifs que je répondrais non à la question 1 et oui à la question 4 (considérée d'après le renvoi qu'elle fait à l'art. 2(c)(ii)). En définitive, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir l'ordonnance du Juge Haines annulant la déclaration de culpabilité.

Appel accueilli, les Juges Abbott, Judson et Pigeon étant dissidents.

Procureur de l'appelant: David J. D. Sims, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le Procureur Général de l'Ontario, Toronto.