

**Cyril Patrick Prosper** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Charter Committee on Poverty Issues** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. PROSPER

File No.: 23178.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

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

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

**Cyril Patrick Prosper** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Le Comité de la Charte et des questions de pauvreté** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. PROSPER

<sup>c</sup> N° du greffe: 23178.

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

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

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

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

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

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

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

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

The issues are decided as follows:

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

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

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

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

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

Les questions sont tranchées comme suit:

#### *L'alinéa 10b) de la Charte*

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

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

*Section 24(2) of the Charter*

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

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

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

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

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

*Le paragraphe 24(2) de la Charte*

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

(1) *L'alinéa 10b) de la Charte*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

(2) Section 24(2) of the Charter

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Cases Cited

By Lamer C.J.

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

By McLachlin J.

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

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

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

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

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

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

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

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

Citée par le juge McLachlin

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

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

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

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

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

By La Forest J. (dissenting)

Citée par le juge La Forest (dissident)

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

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

#### Statutes and Regulations Cited

#### Lois et règlements cités

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

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

#### Authors Cited

#### Doctrine citée

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

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

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

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

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

*John C. Pearson*, for the respondent.

*Mark Freiman*, for the intervener.

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

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

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

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

*Roger A. Burrill et Vincent Calderhead*, pour l'appellant.

*John C. Pearson*, pour l'intimée.

*Mark Freiman*, pour l'intervenant.

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

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

## I. Facts

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

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

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

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

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

## I. Les faits

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

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

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

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

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