

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ross Nelson Matheson *Respondent*

and

The Charter Committee on Poverty Issues
Intervener

INDEXED AS: R. v. MATHESON

File No.: 23312.

1994: March 2 and 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
PRINCE EDWARD ISLAND

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Refusal to blow — Province without duty counsel system — Caution read but mention made of availability of legal aid but not of duty counsel — Whether informational component of s. 10(b) violated when no mention made of duty counsel — If so, whether evidence of refusal to blow nevertheless admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(a), 254(5).

The respondent was charged with impaired driving, contrary to s. 253(a) of the *Criminal Code* and with refusal to comply with a breathalyser demand, contrary to s. 254(5) of the *Code*. In the very early morning two police constables came upon his car which was parked at the side of the road. The keys were in the ignition, the engine was running and the respondent was asleep behind the wheel. One of the constables testified that he could smell a strong odour of alcohol on the respondent's breath, noticed that his speech was slurred and rambling and that his eyes appeared to be glassy and bloodshot. The second constable gave the respondent the standard *Charter* caution, which included advising of the right to counsel and of the availability of legal aid. Prince Edward Island did not have a "Brydges duty

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Ross Nelson Matheson** *Intimé*

et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. MATHESON

^c N° du greffe: 23312.

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

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de recourir aux services d'un avocat et d'être informé de ce droit — Refus de se soumettre à l'alcootest — Province n'offrant pas de service d'avocats de garde — Lecture d'une mise en garde mentionnant la possibilité de recourir à l'aide juridique, mais non celle d'obtenir les services d'un avocat de garde — Le volet information de l'art. 10b) a-t-il été violé du fait que les services d'avocats de garde n'ont pas été mentionnés? — Dans l'affirmative, la preuve du refus de se soumettre à l'alcootest peut-elle néanmoins être utilisée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253a), 254(5).*

^g L'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies, en contravention de l'al. 253a) du *Code criminel*, et de refus d'obtempérer à un ordre et de se soumettre à l'alcootest, en contravention du par. 254(5) du *Code*. Aux petites heures du matin, deux policiers se sont approchés de sa voiture, immobilisée au bord de la route. Les clés étaient sur le contact, le moteur était en marche et l'intimé dormait au volant. L'un des agents a témoigné que l'haleine de l'intimé exhalait une forte odeur d'alcool, que l'intimé avait du mal à articuler, que ses propos étaient incohérents et que ses yeux semblaient vitreux et injectés de sang. L'autre agent a fait à l'intimé la mise en garde type concernant les droits garantis par la *Charte*, dont celui de recourir aux services d'un avocat et d'obtenir des conseils juridiques

counsel” service available to detainees upon request and irrespective of means, and the constable accordingly made no mention of such service. The respondent, who was given time to consider each question, answered that he understood the caution and, when asked if he wished to call a lawyer, replied, “No”. The officer then made a demand for samples of his breath.

At trial, the evidence of the respondent’s refusal to provide a breath sample was excluded under s. 24(2) of the *Charter* and the refusal charge was dismissed. The trial judge also found that the Crown had not proven the impaired driving charge beyond a reasonable doubt and acquitted the respondent. The Crown was unsuccessful in its appeal of both acquittals to the Provincial Supreme Court and to the Court of Appeal. This appeal dealt only with respect to the charge of refusing to give a breath sample, contrary to s. 254(5) of the *Criminal Code*.

Held (McLachlin J. 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 positive obligation on governments to provide a system of “*Brydges* duty counsel” or likewise afford all detainees a corresponding right to free, 24-hour, preliminary legal advice. No breach of s. 10(b) occurred (*per* Lamer C.J. and La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.). McLachlin J. (dissenting) found that the caution failed to meet the requirements of the informational component of s. 10(b) as set out in her reasons in *R. v. Prosper*.

Section 24(2) of the Charter

Lamer C.J. and La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. did not need to address this issue. McLachlin J. (dissenting) found that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

L’Île-du-Prince-Édouard ne mettant pas à la disposition des personnes détenues, sur demande et sans égard à leur situation financière, un service d’«avocats de garde selon *Brydges*», l’agent n’a pas fait mention de ce service. L’intimé, qui a eu le temps de réfléchir à chaque question, a répondu qu’il avait compris la mise en garde et, lorsqu’on lui a demandé s’il voulait appeler un avocat, il a répondu «non». L’agent a alors ordonné à l’intimé de lui fournir des échantillons de son haleine.

Au procès, la preuve du refus de l’intimé de fournir un échantillon d’haleine a été écartée en application du par. 24(2) de la *Charte* et l’accusation de refus d’obtempérer a été rejetée. En ce qui concerne l’accusation de conduite avec facultés affaiblies, le juge du procès a conclu que le ministère public n’avait pas établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable et il a acquitté l’intimé. Le ministère public en a appelé, sans succès, des deux acquittements devant la Cour suprême de la province, puis devant la Cour d’appel. Le présent pourvoi concerne uniquement l’accusation de refus de fournir un échantillon d’haleine, fondée sur le par. 254(5) du *Code criminel*.

Arrêt (le juge McLachlin est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Les questions sont tranchées comme suit:

L’alinéa 10b) de la Charte

L’alinéa 10b) de la *Charte* n’a pas pour effet d’imposer aux gouvernements une obligation positive de fournir un système d’«avocats de garde selon *Brydges*», ou encore d’accorder à toute personne détenue le droit correspondant à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour. L’alinéa 10b) n’a pas été enfreint (le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major). Le juge McLachlin (dissidente) a conclu que la mise en garde n’avait pas satisfait aux exigences en matière d’information de l’al. 10b) énoncées dans ses motifs de l’arrêt *R. c. Prosper*.

Le paragraphe 24(2) de la Charte

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major n’avait pas à se prononcer sur cette question. Le juge McLachlin (dissidente) a conclu que l’utilisation de la preuve était susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

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

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Section 10(b) of the *Charter* does not impose a positive obligation on governments to provide a system of “*Brydges* duty counsel” or likewise afford all detainees a corresponding right to free, 24-hour, preliminary legal advice.

The s. 10(b) caution complied with the informational requirements in that the respondent was informed not only of his right to retain and instruct counsel without delay, but also of his right to apply for Legal Aid. Given that there was, at the time of his detention, no system of 24-hour, on-call duty counsel in the province, the respondent did not need to be advised of any right to duty counsel. Having complied with the informational requirements under s. 10(b), the police were under no further obligation until such time as the respondent asserted his right to counsel by expressing some desire to speak to a lawyer.

Nothing indicated that respondent did not understand his rights. By clearly and unequivocally answering “No” when asked whether he wanted to call a lawyer, he failed to trigger any further obligations on the police under s. 10(b), such as the duty to provide him with a reasonable opportunity to contact counsel and to refrain from eliciting evidence until he had that opportunity. Absent a violation of s. 10(b), the evidence of the respondent’s refusal to comply with the breathalyser demand was admissible.

Per L’Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Section 10(b) of the *Charter* does not impose a positive obligation on governments to provide a system of “*Bridges* duty counsel” or likewise afford all detainees a corresponding right to free, preliminary legal advice 24 hours a day. In light of this, the police properly informed the respondent of his s. 10(b) rights, as expanded by the jurisprudence. Since the respondent indicated that he did not want a lawyer, there was no obligation on the part of the police to facilitate the retention of a lawyer, be it free Legal Aid or otherwise. Absent a *Charter* breach, it was not necessary to deal with s. 24(2) of the *Charter*.

(1) *L’alinéa 10b) de la Charte*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L’alinéa 10b) de la *Charte* n’a pas pour effet d’imposer aux gouvernements une obligation positive de fournir un système d’«avocats de garde selon *Brydges*», ou encore d’accorder à toute personne détenue le droit analogue à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour.

La mise en garde qui a été faite relativement à l’application de l’al. 10b) satisfaisait aux exigences en matière d’information puisque l’intimé a été informé non seulement de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat, mais également de celui de présenter une demande d’aide juridique. Puisque, au moment de sa détention, il n’existait aucun service d’avocats de garde exerçant leurs fonctions sur demande 24 heures par jour, il n’était pas nécessaire d’informer l’intimé d’un droit aux services d’un avocat de garde. Ayant satisfait aux exigences du volet information de l’al. 10b), les policiers n’étaient tenus à aucune autre obligation tant que l’intimé ne faisait pas valoir son droit à l’assistance juridique en demandant à parler à un avocat.

Aucun élément ne permet de conclure que l’intimé n’a pas compris quels étaient ses droits. L’intimé ayant répondu «non» de manière claire et non équivoque lorsqu’on lui a demandé s’il désirait appeler un avocat, il a soustrait les policiers à toute obligation supplémentaire aux termes de l’al. 10b), comme celle de lui donner une possibilité raisonnable de joindre un avocat et de s’abstenir de lui soutirer des éléments de preuve jusqu’à ce qu’il ait eu cette possibilité. Puisqu’il n’y a eu aucune violation de l’al. 10b), la preuve du refus de l’intimé de se soumettre à l’alcooltest est recevable.

Le juge L’Heureux-Dubé et le juge Gonthier: L’alinéa 10b) de la *Charte* n’a pas pour effet d’imposer aux gouvernements une obligation positive de fournir un système d’«avocats de garde selon *Brydges*», ou encore d’accorder à toute personne détenue un droit analogue à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour. Par conséquent, la police a bien informé l’intimé des droits que lui garantit l’al. 10b), tel qu’interprété par la jurisprudence. Puisque l’intimé a indiqué qu’il ne voulait pas consulter d’avocat, l’agent n’était pas tenu de lui faciliter le recours à l’assistance d’un avocat, qu’il soit rémunéré par l’aide juridique ou non. Comme il n’y a pas eu violation de la *Charte*, il n’est pas nécessaire de se prononcer sur l’effet du par. 24(2) de la *Charte*.

Per McLachlin J. (dissenting): The caution failed to meet the requirements of the informational component of s. 10(b) as set out in *R. v. Prosper*. Although no system of duty counsel existed in the jurisdiction, the police were obliged to inform the respondent both that he had a right to try to contact counsel immediately and that this right was not dependent on his ability to afford a lawyer. The caution, although it adequately communicated to the respondent that he had the right to retain and instruct counsel without delay, conveyed the impression that an impecunious accused was only entitled to the opportunity to consult counsel on application to the provincial legal aid program. The breach of s. 10(b) was complete on the failure of the police to inform the respondent properly of the content and scope of his right to counsel. The breach occurred at the informational stage; questions as to the required elements of the implementational component, diligence and waiver did not arise for consideration.

(2) Section 24(2) of the Charter

Per McLachlin J. (dissenting): The admission of evidence of respondent's refusal to provide a breath sample affected his right to a fair trial. First, the evidence at issue was conscripted and self-incriminatory. Second, the evidence formed the *actus reus* of the offence itself. Finally, it was not known what respondent would have done had he been properly informed of his s. 10(b) rights. Where it is not possible to make a finding one way or another as to what the accused would have done had his s. 10(b) rights not been infringed, the Crown must suffer the consequences of this uncertainty. In such circumstances, courts will assume that the incriminating evidence would not have been obtained but for the violation.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

By L'Heureux-Dubé J.

Followed: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; **referred to:** *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.

Le juge McLachlin (dissidente): La mise en garde ne satisfait pas aux exigences formulées dans l'arrêt *R. c. Prosper* relativement au volet information de l'al. 10b). Il n'existait pas dans le ressort en question de système d'avocats de garde, mais la police était néanmoins tenue d'informer l'intimé d'une part, qu'il avait le droit de tenter de communiquer immédiatement avec un avocat et d'autre part, que ce droit ne dépendait pas de sa capacité d'en assumer le coût. Si la mise en garde donnée à l'intimé l'a convenablement informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, elle donnait l'impression qu'un accusé impecunieux avait seulement le droit de consulter un avocat s'il présentait une demande dans le cadre du régime d'aide juridique de la province. La violation de l'al. 10b) était complète au moment où la police a négligé d'informer convenablement l'intimé de la teneur et de l'étendue de son droit à l'assistance d'un avocat. La violation s'est produite à l'étape du volet information; les questions quant aux éléments requis du volet mise en application du droit, à la diligence et à la renonciation ne se présentent pas.

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

Le juge McLachlin (dissidente): L'utilisation de la preuve du refus de l'intimé de fournir un échantillon d'haleine a porté atteinte à son droit à un procès équitable. Premièrement, la preuve en cause a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et est incriminante. Deuxièmement, la preuve constitue l'*actus reus* de l'infraction même. Enfin, le dossier n'indique pas ce que l'intimé aurait fait s'il avait été convenablement informé des droits que lui confère l'al. 10b). Lorsqu'il n'est pas possible de conclure que l'accusé aurait agi d'une manière ou d'une autre s'il n'y avait pas eu violation de l'al. 10b), c'est au ministère public qu'il revient de subir les conséquences de cette incertitude. Dans ces circonstances, les tribunaux supposeront que la preuve incriminante n'aurait pas été obtenue s'il n'y avait pas eu violation.

h Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt suivi: *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; **arrêts mentionnés:** *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.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Prosper, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24.

Statutes and Regulations Cited

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

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(a), 254(5).

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Court of Appeal (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120, 78 C.C.C. (3d) 70, 42 M.V.R. (2d) 293, dismissing an appeal from a judgment of DesRoches J. (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210, dismissing an appeal from acquittal by Fitzgerald Prov. Ct. J. Appeal allowed, McLachlin J. dissenting.

Darrell E. Coombs, for the appellant.

John K. Mitchell, for the respondent.

Mark J. Freiman, for the intervener.

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

LAMER C.J. — The issue in this appeal is the same as the one in the related case of *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, which was heard at the same time and is being handed down concurrently with judgment in this case. Specifically, does s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* create a positive constitutional obligation on governments to ensure that free and immediate, preliminary legal advice is available to all detainees?

I. Facts

The respondent was charged with impaired driving, contrary to s. 253(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and with refusal to comply with a breathalyser demand, contrary to s. 254(5) of the *Code*. Shortly after 1 a.m. on March 31,

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Prosper, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24.

Lois et règlements cités

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

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253a), 254(5).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120, 78 C.C.C. (3d) 70, 42 M.V.R. (2d) 293, qui a rejeté un appel contre une décision du juge DesRoches (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210, qui avait rejeté l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Fitzgerald de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli, le juge McLachlin est dissidente.

Darrell E. Coombs, pour l'appelante.

John K. Mitchell, pour l'intimé.

Mark J. Freiman, pour l'intervenant.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER — La question en litige aux fins du présent pourvoi est la même que dans l'affaire *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, entendue en même temps et dans laquelle jugement est rendu simultanément. Plus précisément, il s'agit de déterminer si l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* impose aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de faire en sorte que toute personne détenue puisse obtenir sans frais et sans délai des conseils juridiques préliminaires.

I. Les faits

L'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies, en contravention de l'al. 253a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et de refus d'obtempérer à un ordre et de se soumettre à l'alcootest, en contravention du par. 254(5) du *Code*. Le

1991, two police constables came upon a car parked at the side of the road. The keys were in the ignition, the engine was running and the respondent was asleep behind the wheel. Constable Dyck awakened the respondent and took him back to the police vehicle. At trial, the Constable testified that he could smell a strong odour of alcohol on the respondent's breath, noticed his speech was slurred and rambling and that his eyes appeared to be glassy and bloodshot.

31 mars 1991, peu après une heure du matin, deux policiers se sont approchés d'une voiture immobilisée au bord de la route. Les clés étaient sur le contact, le moteur était en marche et l'intimé dormait au volant. L'agent Dyck a réveillé l'intimé et lui a fait prendre place dans l'auto-patrouille. Au procès, l'agent a témoigné que l'haleine de l'intimé exhalait une forte odeur d'alcool, que l'intimé avait du mal à articuler, que ses propos étaient incohérents et que ses yeux semblaient vitreux et injectés de sang.

Constable Millard gave the respondent the standard *Charter* caution and made a demand for samples of his breath. The wording of his caution was as follows:

Après la mise en garde type concernant les droits garantis par la *Charte*, l'agent Millard a ordonné à l'intimé de lui fournir des échantillons de son haleine. Voici le texte de la mise en garde:

... I am arresting you for impaired driving. You have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer that you wish. You have the right to apply for legal assistance without charge through the Provincial Legal Aid Program, do you understand...?

[TRADUCTION] ... je vous arrête pour conduite avec facultés affaiblies. Vous avez droit à l'assistance d'un avocat sans délai. Vous pouvez appeler l'avocat de votre choix. Vous pouvez obtenir des conseils juridiques gratuits en application du Régime d'aide juridique de la province, avez-vous compris...?

After a few minutes, the respondent answered that he understood. When asked if he wished to call a lawyer, he replied, "No".

Après quelques minutes, l'intimé a répondu qu'il avait compris. Lorsqu'on lui a demandé s'il voulait appeler un avocat, il a répondu «non».

The appellant testified at trial that he had lost quite a bit of sleep during the two weeks preceding the date of the charge, as he was spending a great deal of time in the hospital with his mother who was ill. He explained that on the date of the charge he consumed "a few bottles of beer" with a friend, then got into his car and fell asleep for two-and-a-half hours.

Au procès, l'intimé a témoigné que, au cours des deux semaines qui avaient précédé la date de l'accusation, il avait manqué de sommeil du fait qu'il avait dû passer beaucoup de temps à l'hôpital au chevet de sa mère malade. Il a expliqué que, le jour où les faits en cause se sont déroulés, après avoir bu quelques bières avec un ami, il était monté dans son auto, s'était assoupi et avait dormi pendant deux heures et demie.

At the time of the alleged offence, Prince Edward Island did not have a "Brydges duty counsel" service available to detainees upon request and irrespective of means. According to counsel for the appellant, a form of duty counsel under the Provincial Legal Aid Plan had been briefly available from July 1990 to January 18, 1991, but had been discontinued because of a shortage of funds. At the time of hearing this appeal, there continued

Au moment de la présumée infraction, l'Île-du-Prince-Édouard ne mettait pas à la disposition des personnes détenues, sur demande et sans égard à leur situation financière, un service d'avocats de garde selon *Brydges*. D'après l'avocat de l'appelante, un service de cette nature avait été momentanément offert, du mois de juillet 1990 au 18 janvier 1991, dans le cadre du régime provincial d'aide juridique, mais avait été supprimé à la suite de compressions budgétaires. À la date de l'audition du présent pourvoi, il n'y avait toujours pas,

to be no established, after-hours system of duty counsel in P.E.I.

At trial, the evidence of the respondent's refusal to provide a breath sample was excluded under s. 24(2) of the *Charter* and the refusal charge was dismissed. With respect to the impaired driving charge, the trial judge found that the Crown had not proven its case beyond a reasonable doubt and acquitted the respondent. The Crown made no argument on the application to exclude the evidence. However, the Crown appealed the acquittal on both charges to the Provincial Supreme Court and to the Court of Appeal. The appeal to the Supreme Court, Trial Division was dismissed as was the appeal to the Court of Appeal. Before this Court, the Crown appeals only with respect to the charge of refusing to give a breath sample, contrary to s. 254(5) of the *Code*.

II. Judgments Below

Provincial Court (Fitzgerald Prov. Ct. J.)

Fitzgerald Prov. Ct. J. granted the motion to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter* on the basis that the respondent had not been properly advised of his *Charter* right to counsel. He held that the police were required:

... to make it abundantly clear to [the respondent] that he has the option at that very point in time, before he [did] anything that would incriminate him, to avail himself of legal aid service within the Province.

He stated that he was not satisfied that the respondent would reasonably have understood that he had the right to contact legal aid immediately. The reference to legal aid service in the caution provided suggested that the respondent could make an application at some time in the future. Fitzgerald Prov. Ct. J. concluded that the wording of the caution delivered to the respondent did not satisfy the requirements laid down in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

dans cette province, de système d'avocats de garde en dehors des heures de bureau.

Au procès, la preuve du refus de l'intimé de fournir un échantillon d'haleine a été écartée en application du par. 24(2) de la *Charte* et l'accusation de refus d'obtempérer a été rejetée. En ce qui concerne l'accusation de conduite avec facultés affaiblies, le juge du procès a conclu que le ministère public n'avait pas établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable et il a acquitté l'intimé. Le ministère public n'a pas présenté d'argument relativement à la demande d'exclusion de la preuve en cause. Il en a néanmoins appelé de l'acquiescement quant aux deux chefs d'accusation devant la Cour suprême de la province, section de première instance, puis devant la Cour d'appel. Les deux appels ont été rejetés. Quant au pourvoi dont notre Cour est saisie, le ministère public en appelle uniquement de l'accusation de refus de fournir un échantillon d'haleine, fondée sur le par. 254(5) du *Code*.

e II. Les juridictions inférieures

La Cour provinciale (le juge Fitzgerald)

Le juge Fitzgerald a accueilli la requête visant à écarter un élément de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que l'intimé n'avait pas été convenablement informé du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*. Il a statué que les policiers étaient tenus:

[TRADUCTION] ... de faire en sorte qu'il soit tout à fait clair [pour l'intimé] qu'il a la possibilité, à ce moment précis, avant qu'il ne fasse quoi que ce soit qui puisse l'incriminer, de faire appel au service d'aide juridique offert dans la province.

Il n'était pas convaincu qu'il était raisonnable de croire que l'intimé avait compris qu'il avait le droit de faire appel à l'aide juridique sans délai. La mention du service d'aide juridique dans la mise en garde laissait entendre que l'intimé pourrait faire une demande à un moment ultérieur. Le juge Fitzgerald a conclu que le libellé de la mise en garde faite à l'intimé ne satisfaisait pas aux exigences établies dans l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Supreme Court, Trial Division (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210 (DesRoches J.)

DesRoches J. noted that this Court's decision in *Brydges* created a duty on the police to inform a person arrested or detained of the existence of duty counsel and of the ability to apply for legal aid. He found at p. 215 that even though the remarks of the majority on this point were *obiter dicta*, they "were obviously deliberately made and intended to serve as a future guide to the police and the courts". He cited authority for the proposition that *obiter* statements of the Supreme Court of Canada are binding on lower courts.

DesRoches J. concluded at pp. 217-18:

Surely the scope of the right to counsel as guaranteed by s. 10(b) of the *Charter* is not dependent on the decision of provincial authorities respecting the provision of the means whereby arrested or detained persons can avail themselves of legal advice without delay. . . .

The absence of duty counsel service in this jurisdiction means that in the many cases of arrest or detention which occur outside of normal working hours those persons who cannot afford a lawyer, or those who do not know a lawyer, are effectively denied the right to immediate but temporary advice and assistance. In other words, they are denied the right to counsel.

It is not for the courts to dictate to provincial authorities in a case such as this the priorities to be placed on what is, without doubt, a limited financial budget. The Supreme Court of Canada in . . . [*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679] held that where s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is not engaged, a remedy under s. 24(1) of the *Charter* may nonetheless be available. This will be the case where, as in the instant case, the statute or provision in question is not in and of itself unconstitutional, but some action taken under it infringes a person's *Charter* rights. It is properly left to trial courts to determine in individual cases whether the right to counsel is infringed, and, if so, what remedy, if any, is appro-

La Cour suprême, section de première instance (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210 (le juge DesRoches)

Le juge DesRoches a fait remarquer que la décision de notre Cour dans l'arrêt *Brydges*, imposait aux policiers l'obligation d'informer toute personne arrêtée ou détenue de l'existence des services d'avocats de garde et de la possibilité de présenter une demande d'aide juridique. À son avis, même si les remarques formulées à ce sujet par les juges majoritaires étaient incidentes, elles [TRADUCTION] «étaient manifestement faites dans le but de guider la police et les tribunaux à l'avenir» (p. 215). À cet égard, il a invoqué certains arrêts et ouvrages selon lesquels les remarques incidentes de la Cour suprême du Canada lient les tribunaux d'instance inférieure.

Le juge DesRoches a conclu, aux pp. 217 et 218:

[TRADUCTION] Certes, la portée du droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10b) de la *Charte*, n'est pas tributaire de la décision des autorités provinciales de prévoir ou non des modalités grâce auxquelles toute personne arrêtée ou détenue peut obtenir sans délai des conseils juridiques . . .

L'inexistence de services d'avocats de garde dans ce ressort fait en sorte que, dans plusieurs cas où une arrestation ou une mise en détention se produit en dehors des heures de bureau habituelles, la personne qui n'a pas les moyens de recourir aux services d'un avocat ou qui n'en connaît aucun se voit dans les faits privée du droit à des conseils et à une aide juridiques immédiats, mais temporaires. En d'autres termes, elle se voit privée du droit à l'assistance d'un avocat.

Il n'appartient pas aux tribunaux, dans un cas comme celui-ci, de se substituer aux autorités provinciales et d'établir les priorités de l'État compte tenu de ressources financières qui sont, sans aucun doute, limitées. [Dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679], la Cour suprême du Canada a statué que même lorsque l'application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est pas déclenchée, il peut y avoir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cela peut se produire quand, comme dans la présente affaire, la loi ou la disposition législative n'est pas inconstitutionnelle en soi, mais qu'elle donne lieu à une mesure prise en contravention des droits garantis par la *Charte*. Il incombe

appropriate in the circumstances. Having decided that duty counsel services will not be provided, it must be taken that provincial authorities are prepared to accept whatever legal consequences flow from that decision.

In the circumstances of this case I am not prepared to overturn the decision of the trial judge. The appeal is dismissed.

Court of Appeal (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120 (Carruthers C.J.P.E.I., Mitchell J.A. and Mullally J. (*ad hoc*))

Mitchell J.A. found that s. 10(b) of the *Charter* made it incumbent on the police to advise a detainee that he has the right to have access to immediate although temporary, advice from duty counsel, irrespective of financial status. He added at p. 121 that it was "up to those responsible for the administration of justice in the Province to ensure that the service is available". He held that the essence of *Brydges* is that a detainee must be informed that he has the right to temporary free legal assistance immediately. Mitchell J.A. concluded that the advice given to the respondent fell short of this standard because it failed to make it clear that the respondent was entitled to have immediate legal advice without charge on a temporary basis. He also upheld the decision to exclude the impugned evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

III. Analysis

As I explain in the related case of *Prosper*, s. 10(b) of the *Charter* does not impose a positive obligation on governments to provide a system of "Brydges duty counsel", or likewise, afford all detainees a corresponding right to free, preliminary legal advice 24 hours a day.

aux tribunaux de première instance, à juste titre d'ailleurs, de déterminer, dans chaque cas d'espèce, s'il y a violation du droit à l'assistance d'un avocat et, le cas échéant, quelle réparation, s'il en est, s'impose vu les circonstances. Force est de conclure que les autorités provinciales qui décident de ne pas offrir les services d'un avocat de garde sont prêtes à assumer les conséquences juridiques de leur décision, quelles qu'elles soient.

Vu les circonstances de la présente affaire, je ne suis pas disposé à renverser la décision du juge du procès. L'appel est rejeté.

La Cour d'appel (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120 (le juge en chef Carruthers, le juge Mitchell et le juge Mullally (*ad hoc*))

Le juge Mitchell a conclu que l'al. 10b) de la *Charte* obligeait les policiers à informer toute personne détenue de son droit aux conseils immédiats, quoique temporaires, d'un avocat de garde, sans égard à sa situation financière. Il a ajouté, à la p. 121, qu'il appartenait [TRADUCTION] «aux responsables de l'administration de la justice dans la province de veiller à ce que de tels services soient offerts». Selon lui, il découlait essentiellement de l'arrêt *Brydges* que toute personne détenue devait être informée de son droit à une assistance juridique immédiate, temporaire et gratuite. Il en arrive à la conclusion que la mise en garde servie à l'intimé n'était pas conforme à cette exigence parce qu'elle n'informait pas clairement l'intimé qu'il pouvait obtenir gratuitement des conseils juridiques immédiats, de façon temporaire. Il a par ailleurs confirmé la décision d'écartier l'élément de preuve en cause en application du par. 24(2) de la *Charte*.

III. Analyse

Comme je l'explique dans l'arrêt connexe *Prosper*, l'al. 10b) de la *Charte* n'a pas pour effet d'imposer aux gouvernements une obligation positive de fournir un système d'avocats de garde selon *Brydges*, ou encore d'accorder à toute personne détenue le droit analogue à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour.

The respondent in this case was detained in the very early hours of the morning. The s. 10(b) caution which he received complied with the informational requirements laid down by the majority of this Court in *Brydges* and confirmed in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173. That is, he was informed not only of his right to retain and instruct counsel without delay, but also of his right to apply for Legal Aid. Since there was, at the time of his detention, no system of 24-hour, on-call duty counsel in existence in Prince Edward Island, it was clearly not necessary or appropriate to advise the respondent of any right to duty counsel. Having complied with the informational requirements under s. 10(b), the police were under no further obligation until such time as the respondent asserted his right to counsel by expressing some desire to speak to a lawyer.

Although the respondent was slow in responding to the police, nothing in the record suggests that he did not understand his rights. Indeed, the police appear to have acted cautiously by waiting for an answer to each question before proceeding to the next question. The respondent in this case clearly and unequivocally said "No" when asked whether he wanted to call a lawyer. By so doing, he failed to trigger any further obligations on the police under s. 10(b) (i.e., to provide him with a reasonable opportunity to contact counsel and to refrain from eliciting evidence until he had that opportunity). Accordingly, no violation of s. 10(b) has been made out on the facts of this case and the evidence of the respondent's refusal to comply with the breathalyser demand is admissible.

In the result, the appeal is allowed and a new trial ordered as requested by the appellant.

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

Dans la présente espèce, l'intimé a été mis en détention aux petites heures du matin. La mise en garde qui lui a été servie relativement à l'application de l'al. 10b) satisfaisait aux exigences en matière d'information énoncées par les juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *Brydges*, lesquelles ont été confirmées dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173. Ainsi, l'intimé a été informé non seulement de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, mais également de celui de présenter une demande d'aide juridique. Puisque, au moment de sa détention, il n'existait à l'Île-du-Prince-Édouard aucun service d'avocats de garde exerçant leurs fonctions sur demande 24 heures par jour, il n'était manifestement pas nécessaire ni opportun d'informer l'intimé d'un droit aux services d'un avocat de garde. Ayant satisfait aux exigences du volet information de l'al. 10b), les policiers n'étaient tenus à aucune autre obligation tant que l'intimé ne faisait pas valoir son droit à l'assistance juridique en demandant à parler à un avocat.

Même si l'intimé a mis du temps à répondre aux policiers, aucun élément du dossier ne permet de conclure qu'il n'a pas compris quels étaient ses droits. De fait, les policiers semblent avoir agi avec circonspection et avoir attendu que l'intimé réponde à chacune des questions avant de poser la suivante. En l'espèce, lorsqu'on lui a demandé s'il désirait appeler un avocat, l'intimé a répondu «non» de manière claire et non équivoque. Ce faisant, il a soustrait les policiers à toute obligation supplémentaire aux termes de l'al. 10b) (c.-à-d. lui donner une possibilité raisonnable de joindre un avocat et s'abstenir de lui soutirer des éléments de preuve jusqu'à ce qu'il ait eu cette possibilité). Par conséquent, aucune violation de l'al. 10b) ne ressort des faits de la présente espèce et la preuve du refus de l'intimé de se soumettre à l'alcootest est recevable.

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

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case and the four other cases heard at the same time (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310, and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343), and in which judgment is handed down contemporaneously with this one, raise the issue of the scope of the guarantee provided for in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that is the right of everyone on arrest or detention "to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right". This case raises the particular issue of whether s. 10(b) of the *Charter* creates a positive constitutional obligation on governments to ensure that free and immediate temporary legal advice is available to all detainees, an issue also raised in *Prosper*.

I have had the opportunity to read the reasons of the Chief Justice and McLachlin J. I agree with the Chief Justice that the appeal should be allowed and a new trial ordered and refer to my reasons in *Prosper*, as if herein recited at length. Like the Chief Justice, I am of the view that s. 10(b) of the *Charter* "does not impose a positive obligation on governments to provide a system of 'Brydges duty counsel', or likewise, afford all detainees a corresponding right to free, preliminary legal advice 24 hours a day" (p. 336). Consequently, the only remaining question is whether the police properly informed the respondent of his s. 10(b) rights, as expanded by the jurisprudence. In my view, the police officer so did when he gave the respondent the following caution:

... I am arresting you for impaired driving. You have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer that you wish. You have the right to apply for legal assistance without charge through the Provincial Legal Aid Program, do you understand ... ?

Since the respondent indicated that he did not want a lawyer, there was no obligation on the part of

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Cet appel et les quatre autres entendus en même temps (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310, et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343), dont les jugements sont rendus simultanément, soulèvent la question de la portée de la garantie énoncée à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit le droit de toute personne, en cas d'arrestation ou de détention, «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit». La question plus précise qui se pose en l'espèce est de savoir si l'al. 10b) de la *Charte* impose aux gouvernements une obligation constitutionnelle positive de faire en sorte que toutes les personnes détenues puissent obtenir sans frais et sans délai des conseils juridiques préliminaires, question qui a également été soulevée dans l'arrêt *Prosper*.

J'ai eu l'occasion de lire les motifs du Juge en chef et ceux du juge McLachlin. Je partage l'avis du Juge en chef qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès et, à cet égard, je me réfère aux motifs que j'ai formulés dans l'arrêt *Prosper*, comme s'ils étaient ici intégralement reproduits. Comme le Juge en chef, je suis d'avis que l'al. 10b) de la *Charte* «n'a pas pour effet d'imposer aux gouvernements une obligation positive de fournir un système d'avocats de garde selon *Brydges*», ou encore d'accorder à toute personne détenue le droit analogue à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour» (p. 336). Par conséquent, la seule question qui reste à trancher est de savoir si la police a bien informé l'intimé des droits que lui garantit l'al. 10b), tel qu'interprété par la jurisprudence. À mon avis, le policier a rempli l'obligation qui lui incombait lorsqu'il a fait la mise en garde suivante à l'intimé:

[TRADUCTION] ... je vous arrête pour conduite avec facultés affaiblies. Vous avez droit à l'assistance d'un avocat sans délai. Vous pouvez appeler l'avocat de votre choix. Vous pouvez obtenir des conseils juridiques gratuits en application du Régime d'aide juridique de la province, avez-vous compris ... ?

Puisque l'intimé a indiqué qu'il ne voulait pas consulter d'avocat, l'agent Millard n'était pas tenu de

Constable Millard to facilitate the retention of a lawyer, be it free Legal Aid or otherwise.

Since there was no breach of s. 10(b) of the *Charter*, it is not necessary to deal with s. 24(2) of the *Charter*. The trial judge and the Court of Appeal, consequently, erred in finding a *Charter* breach and in excluding the breathalyser evidence. A new trial is in order.

I would dispose of the appeal as proposed by the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — Following the principles discussed in my reasons in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, released concurrently with judgment in this appeal, I would find that s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was breached and that the evidence should not have been admitted under s. 24(2). Accordingly, I would confirm the order of acquittal.

I. Facts

The facts and judgments below have been set out in full by the Chief Justice. To summarize, the respondent was arrested at approximately 1:20 a.m. on March 31, 1991, after being found by two police constables asleep behind the wheel of his running car at the side of the road. The respondent was awakened and given the following caution at the scene:

... I am arresting you for impaired driving. You have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer that you wish. You have the right to apply for legal assistance without charge through the Provincial Legal Aid Program, do you understand

A few minutes after the caution was read, the respondent indicated that he understood. When asked if he wanted to call a lawyer, the respondent replied, "No". He then refused to provide a breath sample.

lui faciliter le recours à l'assistance d'un avocat, qu'il soit rémunéré par l'aide juridique ou non.

Comme il n'y a pas eu violation de l'al. 10b) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'effet du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge du procès et la cour d'appel ont donc commis une erreur en concluant à la violation de la *Charte* et en excluant la preuve obtenue au moyen de l'alcootest. Il y a donc lieu d'ordonner un nouveau procès.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi comme le propose le Juge en chef.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Conformément aux principes que j'ai formulés dans l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, rendu simultanément, je suis d'avis qu'il y a eu violation de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, en application du par. 24(2), la preuve ne devait pas être utilisée. En conséquence, je suis d'avis de confirmer l'ordonnance d'acquittal.

I. Les faits

Les faits et les décisions des juridictions inférieures ont été exposés en détail par le Juge en chef. En résumé, le 31 mars 1991, l'intimé a été arrêté vers 1 h 20 par deux policiers qui l'ont trouvé endormi au volant de sa voiture en marche, immobilisée au bord de la route. L'intimé a été réveillé et a, sur les lieux, reçu lecture de la mise en garde suivante:

[TRADUCTION] ... je vous arrête pour conduite avec facultés affaiblies. Vous avez droit à l'assistance d'un avocat sans délai. Vous pouvez appeler l'avocat de votre choix. Vous pouvez obtenir des conseils juridiques gratuits en application du Régime d'aide juridique de la province, avez-vous compris . . .

Quelques minutes plus tard, l'intimé a fait savoir qu'il avait compris. Lorsqu'on lui a demandé s'il voulait appeler un avocat, il a répondu «non». Il a ensuite refusé de fournir un échantillon d'haleine.

The trial judge found that the respondent suffered an infringement of his right to retain and instruct counsel without delay guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*. He further found that the admission of the evidence of the respondent's statement of refusal to comply with the breathalyser demand would bring the administration of justice into disrepute. The evidence was excluded under s. 24(2) of the *Charter* and the respondent was acquitted. The acquittal was upheld by the provincial Supreme Court, Trial Division (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210, and the Court of Appeal (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120.

II. Analysis

Section 10(b)

In my view, the caution given to the accused in this case failed to meet the requirements of the informational component of s. 10(b) as set out in *Prosper*. There was at the time of the respondent's detention no system of duty counsel in existence in the jurisdiction. Nevertheless, the police were obliged to inform the respondent both that he had a right to try to contact counsel immediately and that this right was not dependent on his ability to afford a lawyer. The caution given to the respondent in this case, although it adequately communicated to the respondent that he had the right to retain and instruct counsel without delay, conveyed the impression that an impecunious accused was only entitled to the opportunity to consult counsel on application to the Provincial Legal Aid Program. As was the case in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, released concurrently with this judgment, the charge's reference to Legal Aid implied that the free legal assistance was available only on application, thereby suggesting that the right to retain and instruct counsel was immediate only if the detainee could afford private counsel.

The breach of s. 10(b) was complete on the failure of the police to inform the respondent properly of the content and scope of his right to counsel. I emphasize that the breach occurred in this case at

Le juge du procès a conclu qu'il y avait eu violation du droit de l'intimé d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte*. Il a aussi conclu que l'utilisation de la preuve du refus de l'intimé d'obtempérer à l'ordre de soumettre un échantillon d'haleine était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La preuve a été écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et l'intimé a été acquitté. La Cour suprême de la province, section de première instance (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210, et la Cour d'appel (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120, ont confirmé l'acquiescement.

II. Analyse

L'alinéa 10b)

À mon avis, la mise en garde donnée à l'accusé en l'espèce ne permet pas de satisfaire aux exigences formulées dans l'arrêt *Prosper* relativement au volet information de l'al. 10b). À l'époque de la mise en détention de l'intimé, il n'existait pas dans le ressort en question de système d'avocats de garde. Néanmoins, la police était tenue d'informer l'intimé d'une part, qu'il avait le droit de tenter de communiquer immédiatement avec un avocat et d'autre part, que ce droit ne dépendait pas de sa capacité d'en assumer le coût. En l'espèce, si la mise en garde donnée à l'intimé l'a convenablement informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, elle donnait l'impression qu'un accusé impecunieux avait seulement le droit de consulter un avocat s'il présentait une demande dans le cadre du régime d'aide juridique de la province. Comme dans l'affaire *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, dont jugement est rendu simultanément, la mention dans l'accusation du régime d'aide juridique laissait entendre que l'aide juridique gratuite était seulement offerte à la suite d'une demande, laissant supposer que le droit à l'assistance immédiate d'un avocat existait seulement si la personne détenue avait les moyens de recourir aux services d'un avocat de cabinet privé.

La violation de l'al. 10b) était complète au moment où la police a négligé d'informer convenablement l'intimé de la teneur et de l'étendue de son droit à l'assistance d'un avocat. J'insiste sur le

the informational stage; since the respondent was not properly cautioned, the required elements of the implementational component do not arise for consideration. Similarly, questions of diligence and waiver do not arise on this appeal.

It remains to be determined whether the evidence obtained following the breach should be excluded under s. 24(2).

Section 24(2)

In determining whether evidence obtained in the course of a s. 10(b) violation ought to be admitted, a court must balance factors relating to the effect of admission on the fairness of the trial, the seriousness of the breach, and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 284-86.

The first factor to be considered under the *Collins* test is whether the admission of the impugned evidence would adversely affect the fairness of the trial. In the circumstances of this case, I am satisfied that the admission of the respondent's refusal to provide a breath sample would in fact affect his right to a fair trial. First, the evidence at issue was conscripted and self-incriminatory. Second, the evidence forms the *actus reus* of the offence itself. Finally, there is nothing on the record to indicate what the respondent would have done had he been properly informed of his s. 10(b) rights. I share the view set out by Lamer C.J. in *Bartle*, *supra*, at p. 211, that where it is not possible to make a finding one way or another as to what the accused would have done had his s. 10(b) rights not been infringed, it is the Crown which must suffer the consequences of this uncertainty. In such circumstances, courts will assume that the incriminating evidence would not have been obtained but for the violation.

Having concluded that the admission of the statement of refusal would render the trial unfair, it

fait que la violation s'est produite à l'étape du volet information; puisque l'intimé n'a pas été convenablement mis en garde, les éléments requis du volet mise en application du droit n'ont pas à être examinés. De même, les questions de diligence et de renonciation ne se présentent pas en l'espèce.

Il reste à déterminer si les éléments de preuve obtenus à la suite de la violation devraient être écartés en vertu du par. 24(2).

Le paragraphe 24(2)

Pour déterminer si les éléments de preuve obtenus à l'occasion d'une violation de l'al. 10b) devraient être utilisés, un tribunal doit soupeser l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, la gravité de la violation et l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, aux pp. 284 à 286.

Le premier facteur formulé dans l'arrêt *Collins* est de savoir si l'utilisation de la preuve attaquée porterait atteinte à l'équité du procès. Dans les circonstances de l'espèce, je suis convaincue que l'utilisation du refus de l'intimé de fournir un échantillon d'haleine porterait en fait atteinte à son droit à un procès équitable. Premièrement, la preuve en cause a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et est incriminante. Deuxièmement, la preuve constitue l'*actus reus* de l'infraction même. Enfin, le dossier n'indique pas ce que l'intimé aurait fait s'il avait été convenablement informé des droits que lui confère l'al. 10b). Je suis d'accord avec le point de vue exprimé par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Bartle*, précité, à la p. 211, selon lequel lorsqu'il n'est pas possible de conclure que l'accusé aurait agi d'une manière ou d'une autre s'il n'y avait pas eu violation de l'al. 10b), c'est au ministère public qu'il revient de subir les conséquences de cette incertitude. Dans ces circonstances, les tribunaux supposeront que la preuve n'aurait pas été obtenue s'il n'y avait pas eu violation.

Puisque j'ai conclu que l'utilisation du refus aurait pour effet de rendre le procès inéquitable, je

is unnecessary to examine the second branch of the *Collins* test, which looks at the seriousness of the breach. This Court in *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, at p. 43, emphasized that the first two factors in the *Collins* test are alternative grounds for the exclusion of evidence, not for its admission.

Turning to the third element of the *Collins* test, I am satisfied that in all the circumstances the exclusion of the impugned evidence is in the long-term interests of the administration of justice. Although the evidence was central to the prosecution of a serious, continuing social problem, to admit self-incriminatory evidence which was conscripted following a breach of s. 10(b) would, on the whole, bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, the respondent's statement of refusal to comply with the breathalyser demand should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

III. Disposition

I would dismiss the appeal and confirm the order of acquittal.

Appeal allowed, MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.

Solicitors for the respondent: Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, Charlottetown.

Solicitors for the intervener: McCarthy, Tétrault, Toronto.

n'ai pas à examiner le deuxième volet du critère formulé dans l'arrêt *Collins*, qui concerne la gravité de la violation. Dans l'arrêt *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, à la p. 43, notre Cour a fait ressortir que les deux premiers facteurs formulés dans l'arrêt *Collins* sont deux motifs utilisés en faveur de l'exclusion des éléments de preuve, et non de leur utilisation.

En ce qui concerne le troisième élément du critère formulé dans l'arrêt *Collins*, je suis convaincue que, compte tenu de toutes les circonstances, l'exclusion de la preuve attaquée sert à long terme l'intérêt de l'administration de la justice. Même si la preuve en cause était essentielle dans une poursuite visant à enrayer un problème social grave et constant, l'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue à l'occasion d'une violation de l'al. 10b) serait, dans l'ensemble, susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En conséquence, la preuve du refus de l'intimé d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

III. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance d'acquittal.

Pourvoi accueilli, le juge MCLACHLIN est dissidente.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.

Procureurs de l'intimé: Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, Charlottetown.

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