

Joey Leonard Smith *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SMITH

File No.: 21049.

1989: March 21; 1989: September 14.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Gonthier JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed of his right to counsel but declined to call his lawyer in the evening — Accused indicating his desire to remain silent during questioning until he saw his lawyer in the morning — Accused making statement "off the record" — Whether accused given reasonable opportunity to contact counsel — Whether accused's right to counsel infringed — If so, whether statement should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

The accused was arrested at his home around 7:00 p.m., charged with robbery and informed of his right to retain and instruct counsel. After various stops made to accommodate the accused, the police officers and the accused arrived at the police station at approximately 9:00 p.m. The accused requested the opportunity to communicate with his lawyer and the police gave him a telephone and a telephone book. Because it was late and the only telephone number appearing in the telephone book was his lawyer's office number, the accused decided not to call and advised the police that he would contact his lawyer in the morning. The police suggested that he try to make the call but he refused. He was placed in a police cell for approximately one hour and then taken to an interview room. The accused told the police that he would not answer questions concerning the robbery until he could speak with his lawyer, but the police pursued their questioning and tried to obtain a statement. The accused indicated in two other occasions that he wanted to speak to his lawyer. Finally, he made a statement, specifying that it was made "off the record". At his trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of this statement. The trial judge ruled that the accused's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been violated

Joey Leonard Smith *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. SMITH

N° du greffe: 21049.

1989: 21 mars; 1989: 14 septembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
c COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Informé de son droit à l'assistance d'un avocat, l'accusé refuse d'appeler son avocat dans la soirée — Indication par l'accusé à l'interrogatoire qu'il souhaite ne rien dire avant d'avoir consulté son avocat le lendemain matin — Déclaration faite par l'accusé «en confiance» — A-t-on donné à l'accusé une possibilité raisonnable de joindre un avocat? — Le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, sa déclaration doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

L'accusé a été arrêté chez lui vers 19 h. Il a été accusé de vol qualifié et informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Après divers arrêts faits à la demande de l'accusé, les policiers sont arrivés au poste de police avec l'accusé vers 21 h. L'accusé a demandé à communiquer avec son avocat et les policiers lui ont remis un téléphone et un annuaire. Parce qu'il était tard et que le seul numéro de téléphone inscrit dans l'annuaire était celui du cabinet de l'avocat, l'accusé a choisi de ne pas appeler et a dit aux policiers qu'il appellerait le lendemain matin. Les policiers lui ont conseillé d'essayer d'appeler, mais il a refusé. Il a été mis en cellule au poste de police pendant environ une heure, puis emmené dans une salle d'interrogatoire. L'accusé a dit aux policiers qu'il ne répondrait pas aux questions concernant le vol qualifié avant d'avoir consulté son avocat, mais les policiers ont poursuivi l'interrogatoire et ont cherché à obtenir une déclaration. L'accusé a mentionné en deux autres occasions qu'il voulait parler à son avocat. Finalement, il a fait une déclaration en spécifiant qu'elle était faite «en confiance». Au procès, après la tenue d'un *voir-dire* pour déterminer la recevabilité de cette déclaration, le juge du procès a statué que les droits garantis à l'accusé par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'avaient pas été violés

and admitted the statement. The accused was subsequently convicted and the majority of the Court of Appeal upheld the conviction. This appeal is to determine whether the accused was given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel before the police attempt to obtain a statement from him; and if not, whether the statement should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Held (Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer and Gonthier JJ.: The accused's s. 10(b) rights were not violated. Under s. 10(b) of the *Charter*, the police must give the arrested or detained person a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel and must refrain from attempting to elicit evidence from him until he has had this opportunity. These duties imposed on the police are suspended when the arrested or detained person is not reasonably diligent in the exercise of his rights. Such a limit is essential because without it, it would be possible to delay needlessly and with impunity an investigation and even, in certain cases, to allow for an essential piece of evidence to be lost, destroyed or rendered impossible to obtain. The rights set out in the *Charter* are not absolute and unlimited rights. They must be exercised in a way that is reconcilable with the needs of society.

Here, it is only two hours after his arrest that the accused expressed the wish to exercise his right to retain counsel. Then he decided that it was useless to try to contact his lawyer even though the police suggested that he try to do so. In acting in such a way, the accused was not reasonably diligent in the exercise of his rights and the duties imposed on the police were suspended. It is impossible to conclude that the accused would not have been able to contact his lawyer when he was arrested or at 9:00 p.m. at the police station. The situation would be different if he had tried to contact his lawyer but had failed in his attempt. The accused, in these circumstances, would have been justified to ask for a delay until the opening of offices in the morning. However, his decision to not even try to contact his lawyer is fatal and prevents him from establishing that he was reasonably diligent in the exercise of his rights. The burden of proving that it was impossible for the accused to communicate with his lawyer when the police offered him the opportunity to do so was on the accused.

et il a admis la déclaration. L'accusé a par la suite été reconnu coupable et la Cour d'appel, à la majorité, a confirmé sa déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'accusé a eu une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant que les policiers essaient d'obtenir de lui une déclaration et, s'il n'a pas eu cette possibilité, si la déclaration doit être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt: (le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Lamer et Gonthier: Les droits garantis à l'accusé en vertu de l'al. 10b) n'ont pas été violés. En vertu de l'al. 10b) de la *Charte*, il faut que les policiers offrent à la personne arrêtée ou détenue une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat et qu'ils s'abstiennent de tenter de lui soutirer des éléments de preuve jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité. Ces obligations imposées aux policiers sont suspendues lorsque la personne arrêtée ou détenue ne fait pas preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits. Cette limite est essentielle puisque, sans elle, il serait possible de retarder inutilement et impunément une enquête et même, dans certains cas, de faire en sorte qu'une preuve essentielle soit perdue, détruite ou impossible à obtenir. Les droits énoncés dans la *Charte*, et en particulier le droit à l'assistance d'un avocat, ne sont pas des droits absolus et illimités. Ils doivent être exercés d'une façon qui soit conciliable avec les besoins de la société.

En l'espèce, ce n'est que deux heures après son arrestation que l'accusé a exprimé le désir d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Puis il a décidé qu'il était inutile de tenter de joindre son avocat bien que les policiers lui aient conseillé d'essayer. En agissant ainsi, l'accusé n'a pas fait preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits, et les obligations des policiers étaient donc suspendues. Il est impossible d'affirmer qu'il lui aurait été impossible de communiquer avec son avocat au moment de son arrestation ou à 21 h au poste de police. La situation serait fort différente si l'accusé avait tenté de joindre son avocat mais avait échoué dans sa tentative. L'accusé, dans ces circonstances, aurait été justifié de demander un délai jusqu'à l'ouverture des bureaux, le lendemain matin. Cependant, sa décision de ne pas même tenter de joindre son avocat est fatale et l'empêche de démontrer qu'il a fait preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits. C'est à l'accusé qu'incombe le fardeau de démontrer qu'il lui était impossible de communiquer avec son avocat lorsque les policiers lui ont offert de le faire.

Finally, the accused could not require the police to suspend the questioning when he subsequently reiterated his intention to speak with his lawyer. The arrested or detained person who was not diligent in the exercise of his right to retain counsel can always exercise it but he cannot, in the process, require the police to suspend their investigation. The duty imposed on the police to refrain from attempting to elicit evidence from the arrested or detained person until he has had a reasonable opportunity to communicate with counsel is suspended and is not again "in force" when he finally decides to exercise his right. A different conclusion would render meaningless the duty imposed on a detained or arrested person to be diligent in the exercise of his rights. This principle, however, would not apply if the circumstances prevailing when such a person subsequently asks to speak with a lawyer are substantially different from those existing when he first had the opportunity to communicate with a lawyer.

Per L'Heureux-Dubé J.: Section 10(b) of the *Charter* has not been infringed in this case. The circumstances of time and place as well as the responsible behaviour of the police officers clearly gave the accused more than a reasonable opportunity to communicate with counsel of his choice, or at the very least, to obtain legal advice before answering the questions. The accused elected not to avail himself of this opportunity. When he did not diligently exercise his right to retain and instruct counsel without delay but deferred doing so until the next morning, the right of the police to question him was not thereby suspended. Moreover, the accused did not contend that his statement had not been made freely and voluntarily. The legality of the subsequent conduct of the police, in resuming the questioning after the accused had passed up the reasonable opportunity to contact counsel, is accordingly not at issue here.

The requirements of s. 10(b) are not incompatible with obtaining voluntary statements in response to police questioning. One of the main goals of s. 10(b) is to ensure the fairness of the questioning of suspects by police officers and that goal does not preclude the interrogation of suspects by the police, nor is it inconsistent with the taking by the police of incriminating statements. Far from being prohibited by the *Charter*, admissions of guilt by wrongdoers, if not coerced, are inherently desirable. Such confessions provide a reliable tool in the elucidation of crime, thereby furthering the judicial search for the truth and serving the societal

Enfin, l'accusé ne pouvait plus exiger des policiers qu'ils suspendent leur interrogatoire quand il a réitéré son intention de parler à son avocat. Une personne arrêtée ou détenue qui n'a pas fait preuve de diligence dans l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat peut toujours exercer ce droit mais ne peut alors exiger que les policiers suspendent leur enquête. L'obligation imposée aux policiers de s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve à une personne arrêtée ou détenue tant qu'elle n'a pas eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat, est en effet suspendue et n'est pas «rétablie» lorsque cette personne décide finalement d'exercer son droit. Conclure autrement viderait de tout son sens l'obligation faite à une personne arrêtée ou détenue d'exercer ses droits d'une façon diligente. Ce principe ne s'applique toutefois pas lorsque les circonstances prévalant quand elle demande plus tard d'exercer ce droit sont considérablement différentes de celles qui prévalaient quand on lui a offert la possibilité de communiquer avec un avocat.

Le juge L'Heureux-Dubé: L'alinéa 10b) de la *Charte* n'a pas été enfreint en l'espèce. Les circonstances de temps et de lieu ainsi que le comportement responsable des officiers de police ont clairement donné à l'accusé plus qu'une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix ou, à tout le moins, d'obtenir des conseils juridiques avant de répondre aux questions posées. L'accusé a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité. Puisqu'il n'a pas exercé avec diligence son droit à l'assistance d'un avocat dans un délai raisonnable et a remis l'appel au lendemain matin, le droit des policiers de l'interroger n'était pas suspendu. Par ailleurs, l'accusé n'a pas prétendu que ses déclarations ont été faites autrement que de façon libre et volontaire. La légalité de la conduite ultérieure des policiers, qui ont interrogé l'accusé après que celui-ci eut laissé passer une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat, n'est donc pas en jeu en l'espèce.

L'alinéa 10b) n'est pas incompatible avec l'obtention de déclarations volontaires en réponse à un interrogatoire des policiers. L'un des objectifs principaux de l'al. 10b) est d'assurer que l'interrogation des suspects par les officiers de police se déroule de façon équitable. Cet objectif n'exclut toutefois pas l'interrogatoire des suspects par les policiers, ni n'est incompatible avec l'obtention par les policiers de déclarations incriminantes. Loin d'être interdits par la *Charte*, les aveux de culpabilité des auteurs d'un crime, à moins d'avoir été obtenus par la contrainte, sont hautement souhaitables. Fait librement et volontairement, un aveu de culpabilité est un guide sûr dans l'élucidation d'un crime, ce qui favorise la recherche de la vérité par les tribunaux et sert l'inté-

interest in repressing crime through the conviction of the guilty.

Per Sopinka J.: A person under detention is to be advised promptly of the right to counsel and must be given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. During this period, police questioning is to be suspended. What is a reasonable opportunity is determined by reference to all the circumstances of the case, including the conduct of the accused. Whether an opportunity is reasonable must be judged in part in light of the diligence with which the accused seeks to avail himself of the right. The appellant here was most casual in seeking to avail himself of the opportunity afforded to him to retain and instruct counsel. The courts below took these and other matters into account, applied the law correctly and as a matter of fact concluded that the opportunity afforded to the accused was reasonable. This being principally a question of fact, there is no reason to interfere with the decision of the courts below.

Per Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. (dissenting): The accused was not given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. He did not waive his right to counsel as he clearly and repeatedly asserted his desire to exercise that right. No urgency justified the police proceeding so precipitously with the interrogation. The robbery took place five months before, and nothing precluded the investigation from proceeding just as effectively the next morning after the accused had had an opportunity to talk to his lawyer. The questioning of the accused by the police following his insistence on speaking to his lawyer, completely disregarded the accused's constitutional rights and their conduct constituted a wilful violation of his rights. The decision of this Court in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, was not distinguishable from the present case.

The fact that the accused did not telephone his counsel's office at 9:00 p.m. to get in touch with him does not mean that the accused was not diligently pursuing his rights. An individual in the accused's position might quite realistically think that he could not reach a lawyer at his office at that time of night and that even if he did, the lawyer would postpone any meeting to the next day. Where, as in this case, an investigation need not be urgently pursued, an accused should be able to wait and get in touch with his lawyer, rather than with any lawyer. In view of the accused's ongoing assertion of his desire to speak with counsel, the burden of showing a reasonable opportunity was given was on the Crown.

rêt de la société dans la répression du crime par la condamnation des coupables.

Le juge Sopinka: Une personne détenue doit être informée promptement de son droit à l'assistance d'un avocat et on doit lui accorder une possibilité raisonnable d'y avoir recours. Pendant ce temps, l'interrogatoire policier doit être suspendu. Ce qu'est une possibilité raisonnable est déterminé en fonction de toutes les circonstances de l'affaire, y compris le comportement de l'accusé. Le caractère raisonnable d'une possibilité doit être apprécié en partie en fonction de la diligence avec laquelle l'accusé cherche à se prévaloir du droit. En l'espèce, l'appelant a montré beaucoup de désinvolture quand on lui a donné la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat. Les tribunaux d'instance inférieure ont tenu compte de ces éléments et de certains autres, ont appliqué correctement les règles de droit et ont conclu que, dans les faits, la possibilité accordée à l'accusé était raisonnable. Comme il s'agit principalement d'une question de fait, il n'y a aucun motif de modifier la décision des tribunaux d'instance inférieure.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest (dissidents): L'accusé n'a pas eu une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat puisqu'à plusieurs reprises il a affirmé clairement sa volonté d'exercer ce droit. Aucune urgence ne justifiait les policiers de procéder à l'interrogatoire si rapidement. Le vol qualifié avait eu lieu cinq mois plus tôt et l'enquête n'aurait pas été moins efficace si elle avait été remise au lendemain matin, l'accusé ayant alors eu le temps de consulter son avocat. En interrogeant l'accusé après qu'il eut demandé instamment à parler à son avocat, les policiers ont totalement méconnu les droits constitutionnels de l'accusé et leur conduite constitue une violation délibérée de ses droits. L'arrêt de cette Cour, *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, s'applique à l'espèce.

Le fait que l'accusé n'a pas téléphoné au bureau de son avocat à 21 h pour essayer de le joindre ne signifie pas qu'il n'a pas exercé son droit avec diligence. Une personne dans la situation où l'accusé se trouvait est tout à fait justifiée de croire qu'elle ne rejoindra pas un avocat à son bureau à cette heure de la soirée et que, même si elle le rejoignait, l'avocat remettrait probablement toute consultation au lendemain. Lorsque, comme en l'espèce, il n'y a pas d'urgence à poursuivre l'enquête, un accusé devrait pouvoir attendre d'être en mesure de communiquer avec son avocat plutôt qu'avec n'importe quel avocat. En raison de l'affirmation répétée de l'accusé de sa volonté de parler à son avocat, il incombait au ministère public de faire la preuve qu'il avait été donné à l'accusé une possibilité raisonnable de le faire.

The accused's statement should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The statement was obtained as a direct consequence of the breach of the accused's s. 10(b) rights. Additionally, after the accused had repeatedly asserted his desire to speak to his lawyer, the police did nothing to disabuse him of the notion that he could speak to the police "off the record". On a balancing of the interests of the administration of justice with the accused's rights, the evidence should be excluded.

Cases Cited

By Lamer J.

Applied: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; **distinguished:** *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436; *United States v. Washington*, 431 U.S. 181; *R. v. Upston*, [1988] 1 S.C.R. 1083.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Ross, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537; *R. v. Playford* (1987), 24 O.A.C. 161; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233.

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

Jull, Kenneth. "Clarkson v. R.: Do We Need a Legal Emergency Department?" (1987), 32 *McGill L.J.* 359.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 43 C.C.C. (3d) 379, 29 B.C.L.R. (2d) 180, dismissing the accused's appeal from his conviction for robbery. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. dissenting.

Henry K. Brown and Ann Cameron, for the appellant.

La déclaration de l'accusé aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La déclaration obtenue de l'accusé est la conséquence directe de la violation de ses droits garantis par l'al. 10b). De plus, bien que l'accusé ait, de façon répétée, exprimé sa volonté de parler à son avocat, les policiers n'ont rien fait pour le détromper de l'idée qu'il pouvait faire une déclaration «en confidence» à la police. Si l'on met en balance l'intérêt de l'administration de la justice et les droits de l'accusé, il faut écarter la déclaration.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; **arrêt mentionné:** *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436; *United States v. Washington*, 431 U.S. 181; *R. c. Upston*, [1988] 1 R.C.S. 1083.

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Ross, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537; *R. v. Playford* (1987), 24 O.A.C. 161; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233.

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

Jull, Kenneth. «Clarkson v. R.: Do We Need a Legal Emergency Department?» (1987), 32 *R.D. McGill* 359.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 43 C.C.C. (3d) 379, 29 B.C.L.R. (2d) 180, rejetant l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité à l'accusation de vol qualifié. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest sont dissidents.

Henry K. Brown et Ann Cameron, pour l'appelant.

William F. Ehrcke, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—This appeal raises the following issues: whether the appellant's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were infringed because the police questioned him before he had had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel; and if so, whether the evidence thereby obtained should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

Facts

The appellant was arrested at home at 7:13 p.m. on May 22, 1986 in connection with a robbery that had occurred some five months before. After various stops, some at the appellant's request, he arrived at the police station at approximately 9:00 p.m. He had been informed on arrest of his right to counsel, and was not questioned en route to the police station, the arresting officers having advised the appellant that they did not wish to discuss the robbery before arriving at the station. On arrival there, the accused made a request to communicate with his lawyer and was handed a telephone and telephone book and given the opportunity to call him. He wanted to speak with George Brown. However, he was unable to locate a home telephone number for Mr. Brown, and, it being at 9:00 p.m., he declined the opportunity to telephone the lawyer's office in the event that there might be an answering service. Rather, he advised the police he would contact his lawyer in the morning.

An hour later, the appellant was taken to an interview room for interrogation. He agreed to talk about himself, but would not talk about the robbery. What then transpired is fully set out in the following excerpt from the reasons of McLachlin J.A., as she then was, beginning with an exchange between the appellant and the police at 11:40 p.m.:

William F. Ehrcke, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Wilson et La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Le présent pourvoi soulève les questions suivantes: les droits que l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appellant ont-ils été violés parce que les policiers l'ont interrogé avant qu'il ait une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et, dans l'affirmative, les éléments de preuve ainsi obtenus doivent-ils être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte*?

Les faits

L'appellant a été arrêté chez lui, à 19 h 13, le 22 mai 1986, pour un vol qualifié qui avait eu lieu environ cinq mois plus tôt. L'appellant est arrivé au poste de police vers 21 h après divers arrêts, dont certains avaient été faits à sa demande. Dès le moment de l'arrestation, il avait été avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et il n'a pas été interrogé pendant le trajet de la maison au poste de police, les agents qui avaient procédé à l'arrestation ayant avisé l'appellant qu'ils ne voulaient pas parler du vol qualifié avant d'être au poste de police. En arrivant au poste de police, l'appellant a demandé à communiquer avec son avocat; on a mis à sa disposition un appareil de téléphone et un annuaire et on lui a donné la possibilité de l'appeler. Il voulait communiquer avec M^c George Brown. Cependant il n'a pu trouver le numéro de téléphone de son domicile et, comme il était 21 h, il n'a pas essayé d'appeler à son bureau et de laisser un message sur le répondeur téléphonique s'il y en avait un. Il a dit aux agents qu'il appellerait plutôt son avocat dans la matinée.

Une heure plus tard, l'appellant a été amené dans une salle d'interrogatoire. Il a consenti à donner des renseignements sur sa personne, mais il a refusé de dire quoi que ce soit au sujet du vol qualifié. Ce qui s'est produit par la suite est relaté en détail dans l'extrait suivant des motifs du juge McLachlin, alors juge de la Cour d'appel; la première partie de ce passage est une conversation intervenue entre l'appellant et les agents de police vers 23 h 40:

Smith: I would like my lawyer present.

Johnson: No problem, but with your lawyer you won't say anything. I need to hear this from you. You can understand, but I need to hear from you.

Further questioning ensued with the second police officer, Constable Dahl, taking over. At one point the subject of Smith's mother was raised and he became emotional and cried. After further questioning, which once again introduced the subject of robbery, the following exchange took place:

Dahl: What is your reason for the robbery?

Smith: I really don't want to say anything. I will talk to you guys, but I will wait for a lawyer.

Dahl: What can a lawyer do for you?

Smith: I can explain to him what went on.

Dahl: Your lawyer is going to tell you not to talk to the police like they always do.

Smith: Yes.

Dahl: What is that going to get you? You have to be honest with yourself if you want your kids to be honest.

Smith: Yeah.

Dahl: If the kids steal something, you would want your kids to be honest?

Smith: Yes.

A short while later, Smith made a statement, stating that it was "off the record".

On the *voir dire* into the admissibility of this statement, Constable Johnson agreed that the officers had entertained no doubt that Smith wanted to consult his lawyer before discussing the robbery. The officers made a conscious effort to dissuade him from this course, as the following excerpt from Constable Johnson's cross-examination discloses:

Q. Well officer, you agreed with me that you made a conscious effort to persuade him not to involve his lawyer at that point.

A. Yes.

Q. Okay. And you did that because you thought that if this man talked to his lawyer he isn't going to say anything to us?

A. Quite possible, yes.

[TRANUCTION]

Smith: J'aimerais que mon avocat soit présent.

Agent Johnson: Pas de problème; mais si ton avocat est présent tu ne diras rien. J'ai besoin de ta déposition. Tu dois comprendre, mais je dois avoir ta déposition.

Un deuxième policier, l'agent Dahl, a poursuivi l'interrogatoire. À un moment donné, on a parlé à M. Smith de sa mère; très ému, il a commencé à pleurer. Plus tard au cours de l'interrogatoire, qui a de nouveau porté sur le vol qualifié, on a échangé les propos suivants:

Agent Dahl: Quelle est ta raison pour le vol qualifié?

Smith: Je ne veux absolument rien dire. Je vous parlerai, mais en présence d'un avocat.

Agent Dahl: Qu'est-ce qu'un avocat peut faire pour toi?

Smith: Je peux lui expliquer ce qui s'est passé.

Agent Dahl: Ton avocat te dira de ne rien dire à la police comme ils le font toujours.

Smith: Oui.

Agent Dahl: Qu'est-ce que tu vas y gagner? Tu dois être honnête avec toi-même si tu veux que tes enfants soient honnêtes.

Smith: Ouais.

Agent Dahl: Et si les enfants volent quelque chose, tu veux que tes enfants soient honnêtes?

Smith: Oui.

Un peu plus tard, Smith a fait une déclaration en précisant que c'était «en confidence».

Lors du *voir-dire* sur la recevabilité de la déclaration, l'agent Johnson a reconnu que les agents savaient très bien que Smith voulait consulter son avocat avant de parler du vol qualifié. Les agents ont sciemment tenté de le faire changer d'avis comme le révèle l'extrait suivant du contre-interrogatoire de l'agent Johnson.

Q. Bon, vous admettez que vous avez sciemment tenté de le convaincre de ne pas faire intervenir son avocat à ce moment-là.

R. Oui.

Q. Bien. Vous l'avez fait parce que vous croyiez que si l'accusé contactait son avocat, il ne vous dirait rien?

R. C'est bien possible, oui.

Q. Well, it was more than possible. It was what you feared, was it not?

A. Well, again he was saying he would like his lawyer present before offering his explanation. It's been my experience that most often a lawyer will counsel their client to say nothing.

Q. And that is what you wanted to avoid, is it not?

A. Yes.

((1988), 43 C.C.C. (3d) 379, at pp. 388-89)

The Courts Below

The trial judge admitted the statement, and Smith was convicted. A majority of the Court of Appeal upheld the conviction (Hinkson J.A., with Carrothers J.A. concurring, McLachlin J.A. dissenting).

Hinkson J.A. noted that s. 10(b) imposes two duties on the police: the duty to allow a detainee a reasonable opportunity to retain and instruct counsel without delay, and the duty to cease questioning the detainee until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. He then reviewed *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537, and *R. v. Playford* (1987), 24 O.A.C. 161, and concluded as follows (at pp. 386-87):

As soon as the appellant was arrested he was informed of the reason for his arrest, informed of his rights, and told that the robbery was not to be discussed with him until he reached the police station.

It is clear that the appellant understood his right to retain and instruct counsel at that time. He made a request and the police provided him with a telephone and a telephone book to communicate with a lawyer. When he changed his mind the police urged him to make the telephone call in an attempt to communicate with his lawyer. He declined to do so. He was then placed in the cells again for an hour during which time he had an opportunity to reconsider whether or not he would attempt to get in touch with a lawyer that evening. He knew that the police intended to interview him about the details of the robbery. An hour later he had not changed his mind about attempting to get in touch with a lawyer that evening. He was reminded of his rights in the interview room but did not request an opportunity to telephone a lawyer at that time. Looking at the circumstances as they existed up to the point

Q. Bon, c'était plus que possible. C'est ce que vous craigniez, n'est-ce pas?

R. Bien, encore une fois, il disait qu'il aurait préféré que son avocat soit présent avant de donner son explication. Selon mon expérience, la plupart des avocats recommandent à leur client de ne rien dire.

Q. Et c'est ce que vous vouliez éviter, n'est-ce pas?

R. Oui.

b ((1988), 43 C.C.C. (3d) 379, aux pp. 388 et 389)

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge du procès a admis la déclaration et Smith a été reconnu coupable. La Cour d'appel a confirmé, à la majorité, la déclaration de culpabilité (le juge Hinkson, avec l'appui du juge Carrothers; le juge McLachlin était dissidente).

Le juge Hinkson a souligné que l'al. 10b) impose deux obligations aux policiers: l'obligation de laisser à une personne détenue une possibilité raisonnable d'avoir recours sans délai aux services d'un avocat et l'obligation de cesser d'interroger la personne détenue jusqu'à ce qu'elle ait eu la possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il a examiné les arrêts *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537, et *R. v. Playford* (1987), 24 O.A.C. 161, puis il a conclu (aux pp. 386 et 387):

[TRADUCTION] Dès son arrestation, l'appellant a été avisé du motif de son arrestation et informé de ses droits; on lui a dit aussi que les agents ne devaient pas lui parler du vol qualifié avant qu'il soit arrivé au poste de police.

Il est manifeste que l'appellant a compris son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat à ce moment-là. Il a demandé à le faire et les agents lui ont fourni un téléphone et un annuaire pour communiquer avec son avocat. Après qu'il eut changé d'avis, les agents lui ont conseillé de téléphoner pour tenter de rejoindre son avocat. Il a refusé de le faire. Il a alors été remis en cellule pendant une heure durant laquelle il a eu la possibilité de se demander s'il devait essayer de communiquer avec son avocat le soir même. Il savait que les policiers voulaient l'interroger au sujet des détails relatifs au vol qualifié. Une heure plus tard, il n'avait pas changé d'avis sur l'opportunité d'essayer de contacter son avocat le soir même. On lui a rappelé ses droits dans la salle d'interrogatoire, mais il n'a pas demandé la possibilité de téléphoner à un avocat. Compte tenu des circonstances qui prévalaient au début de l'interroga-

when the interview commenced, it appears to me that the appellant had had a reasonable opportunity to get in touch with a lawyer and had declined to do so. He was not diligently pursuing his rights under s. 10(b) of the Charter.

In this case the attending police officers did not commit any impropriety nor were they unfair with the appellant. When he did not diligently exercise his right to retain and instruct counsel without delay but deferred doing so until the next morning, the right of the police to question him was not thereby suspended.

McLachlin J.A. dissented. In her view, the issue was simply whether, barring waiver, the accused was given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel before the police attempted to elicit evidence from him. She noted that in the circumstances of this case, it could not be said that the accused had waived the right to counsel. She then turned to the question of what constituted a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. She noted the importance of fairly balancing the rights of the individual with the interests of society. "Reasonable opportunity" was composed of two aspects. First, the detainee must be given the means of contacting counsel. Second, he must be given a reasonable time within which to do so. What is a reasonable time depends on the circumstances of each case.

On the basis of *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, and *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, McLachlin J.A. concluded that in circumstances where it is not urgent that the police proceed immediately with questioning the detainee, the reasonable time for contacting a lawyer may extend beyond the interval immediately following arrest. In the absence of urgency or other compelling circumstances, the time permitted to the accused to contact a lawyer should not be arbitrarily curtailed to meet the convenience of the authorities or to facilitate their desire to obtain an incriminating statement. In the result, she found this case to be indistinguishable from *Manninen*. Similarly, *R. v. Playford*, *supra*, also supported her position. There, police questioning conducted fifteen hours after arrest was held to have deprived the accused of his right to retain and

toire, j'estime que l'appelant a eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et qu'il a refusé de le faire. Il n'a pas fait preuve de diligence dans l'exercice des droits que lui garantissait l'al. 10(b) de la Charte.

En l'espèce, la conduite des agents de police présents n'a été ni illégitime ni inéquitable envers l'appelant. Puisque l'appelant n'a pas exercé avec diligence son droit à l'assistance d'un avocat dans un délai raisonnable et a remis l'appel jusqu'au lendemain matin, le droit des agents de police de l'interroger n'était pas suspendu.

Le juge McLachlin était dissidente. Selon elle, la question se résumait à savoir si, faute de renonciation, l'accusé avait eu une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant que les policiers cherchent à obtenir de lui des éléments de preuve. Elle a fait remarquer que, dans les circonstances de cette affaire, on ne pouvait dire que l'accusé avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Elle a analysé ensuite la notion de «possibilité raisonnable» de retenir les services d'un avocat. Elle a souligné l'importance d'établir un juste équilibre entre les droits de la personne et les intérêts de la société. Une «possibilité raisonnable» comporte deux volets: d'abord, il faut donner à la personne détenue les moyens de communiquer avec un avocat; en second lieu, il faut lui donner un délai raisonnable pour le faire. Ce qui constitue un délai raisonnable dépend des circonstances de chaque affaire.

S'appuyant sur les arrêts *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, et *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, le juge McLachlin a conclu que, dans les cas où il n'est pas urgent pour la police de commencer immédiatement à interroger la personne détenue, le délai raisonnable pour communiquer avec un avocat peut aller au-delà de la période qui suit immédiatement l'arrestation. S'il n'y a pas d'urgence ni d'autre circonstance pressante, le délai accordé à l'accusé pour communiquer avec un avocat ne peut pas être abrégé de façon arbitraire pour accommoder les autorités ou pour les aider à obtenir la déclaration incriminante souhaitée. En définitive, elle a conclu que l'espèce ne différait pas de l'affaire *Manninen*. De même, l'arrêt *R. v. Playford*, précité, appuie sa conclusion. Dans cette affaire, l'interrogatoire des policiers mené quinze heures après l'arrestation de

instruct counsel in view of the lack of urgency of the investigation and the fact that the accused had been taken into custody on a Sunday night when it might reasonably be anticipated that there would be some difficulty in the accused being able to promptly retain and instruct counsel.

Having regard to the facts that the robbery in question had taken place five months earlier, that the accused had every reason to suppose that his lawyer would be unavailable at that time of night, and that the accused repeatedly reaffirmed his desire to speak with a lawyer, McLachlin J.A. held that there was no possibility of finding waiver, and in the circumstances a reasonable time for contacting counsel had not elapsed. Finding, therefore, a violation of the accused's rights, McLachlin J.A. excluded the evidence.

Analysis

The Court of Appeal delivered its reasons before this Court had handed down judgment in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3. But even without reference to that case, I find the reasons of McLachlin J.A. compelling. In light of that case, I do not see how the Crown can succeed. I nonetheless turn to the arguments raised by the parties.

The appellant argues that he did not waive his right to counsel. Following *Clarkson, supra*, this cannot be successfully disputed. The accused positively and repeatedly asserted his desire to exercise his right to counsel. Answering the questions put to him does not constitute a waiver of his right to counsel in these circumstances. It is clear that these answers were given after he had asserted his desire to speak with his lawyer. It is also clear that he believed they were given "off the record", and the police did nothing to disabuse him of that notion. In these circumstances, it could not be said that there was an awareness of the consequences of speaking in the absence of his lawyer.

l'accusé a été jugé contraire au droit de celui-ci à l'assistance d'un avocat puisque l'enquête n'était pas urgente et que l'accusé avait été mis sous garde le dimanche soir alors qu'il était raisonnable de prévoir qu'il aurait de la difficulté à retenir rapidement les services d'un avocat.

Tenant compte du fait que le vol qualifié avait eu lieu cinq mois plus tôt, que l'accusé était parfaitement justifié de croire que son avocat serait difficile à rejoindre à cette heure de la soirée et que l'accusé avait dit à plusieurs reprises qu'il voulait parler à son avocat, le juge McLachlin a estimé qu'il était impossible de conclure à la renonciation à ce droit et que, vu les circonstances, l'accusé n'avait pas disposé d'un délai raisonnable pour communiquer avec son avocat. Concluant qu'il y avait donc eu violation des droits de l'accusé, le juge McLachlin aurait écarté les éléments de preuve.

Analyse

La Cour d'appel a rendu son arrêt avant que cette Cour prononce le jugement *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3. Mais même sans le secours de cet arrêt, je trouve convaincants les motifs du juge McLachlin. En raison de cet arrêt, je ne puis voir comment la poursuite pourrait avoir gain de cause. J'analyserai quand même les arguments présentés par les parties.

L'appelant soutient qu'il n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. D'après l'arrêt *Clarkson*, précité, la chose est incontestable. L'accusé a clairement affirmé à plusieurs reprises sa volonté d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Le fait d'avoir répondu aux questions qui lui étaient posées ne constitue pas une renonciation à son droit à l'assistance d'un avocat dans ces circonstances. Il est manifeste qu'il a répondu à ces questions après avoir affirmé sa volonté de communiquer avec son avocat. Il est tout aussi manifeste qu'il croyait avoir donné des réponses «en confiance» et que les policiers n'ont rien fait pour le détromper de cette idée. Dans ces circonstances, on ne peut dire que l'accusé connaissait les conséquences de déclarations faites en l'absence de son avocat.

The case, as I see it, really turns on whether the appellant had a reasonable opportunity to contact counsel. In my view, the appellant did not have that opportunity. What the evidence discloses is that the appellant was advised of his right to retain and instruct counsel, and that he initially requested a telephone to speak with his lawyer. He decided not to make the call thinking, quite reasonably in the view of McLachlin J.A., that at that time of night there would be no one in the lawyer's office. He said he would call his lawyer in the morning. From that point on, he continually asserted his intention not to speak about the robbery in the absence of his lawyer. The evidence also discloses that the police actively dissuaded the accused from his resolve not to speak until he had talked with his lawyer.

The Crown submits, however, that the appellant did not diligently pursue his s. 10(b) rights. I cannot accept this position. The appellant wanted his lawyer, George Brown. It is true that he did not telephone Mr. Brown's office at 9:00 p.m. to get in touch with him, but that does not persuade me that the appellant was not diligently pursuing his rights. An individual in the appellant's position might quite realistically think that he could not reach a lawyer at his office at that time of night and that even if he did, the lawyer would postpone any meeting to the next day.

I should add that the appellant should be able to wait and get in touch with his lawyer, rather than with any lawyer. If the investigation needed urgently to be pursued, the position might be different, but it cannot be said that there was any urgency in this case. There was nothing that would preclude the investigation from proceeding just as effectively the following morning. The alleged crime had taken place five months before.

The Crown attempted to distinguish *Manninen*, *supra*, from this case on the ground that here the police did not question the accused until after he had made the decision not to telephone his lawyer. The distinction, however, is irrelevant. The essential point in both cases is that the accused asserted and continued to assert his right to counsel. The

Selon moi, la question déterminante du pourvoi est de savoir si l'appellant a eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. À mon avis, l'appellant n'a pas eu cette possibilité. Il ressort de la preuve que l'appellant a été avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il a d'abord demandé de communiquer par téléphone avec son avocat. Il a décidé de ne pas faire l'appel téléphonique croyant, avec raison selon le juge McLachlin, qu'il n'y aurait personne au bureau de l'avocat à cette heure de la soirée. Il a dit qu'il téléphonerait à son avocat dans la matinée. Depuis ce moment, il n'a pas cessé d'affirmer sa volonté de ne pas parler du vol qualifié en l'absence de son avocat. La preuve démontre également que les policiers ont activement cherché à dissuader l'accusé de sa résolution de ne rien dire avant d'avoir parlé à son avocat.

Le ministère public soutient cependant que l'appellant n'a pas été diligent dans l'exercice des droits conférés par l'al. 10b). Je ne puis accepter cette affirmation. L'appellant voulait que son avocat soit M^e George Brown. Il est vrai qu'il n'a pas appelé le bureau de M^e Brown à 21 h pour lui parler, mais ceci ne me fait pas conclure qu'il n'a pas exercé ses droits avec diligence. Un accusé dans la situation où l'appellant se trouvait est tout à fait justifié de croire qu'il ne rejoindra pas un avocat à son bureau à cette heure de la soirée et que même s'il le rejoignait, l'avocat remettrait probablement toute consultation au lendemain.

Je dois ajouter que l'appellant devrait pouvoir attendre de communiquer avec son avocat plutôt qu'avec n'importe quel avocat. S'il y avait eu urgence à poursuivre l'enquête, il en aurait peut-être été autrement, mais on ne peut dire qu'il y avait urgence en l'espèce. L'enquête n'aurait pas été moins efficace si elle avait été remise au lendemain matin. L'acte criminel allégué avait été commis cinq mois plus tôt.

Le ministère public a tenté d'établir une distinction entre l'arrêt *Manninen*, précité, et l'espèce parce que les policiers n'ont pas interrogé l'accusé avant qu'il ait décidé de ne pas appeler son avocat au téléphone. Cette différence est sans conséquence. Le point essentiel dans les deux cas tient à ce que l'accusé a demandé à plusieurs reprises

Crown also attempted to distinguish *Ross, supra*, on the basis that the arrest in this case took place at 9:00 p.m., whereas that in *Ross* occurred at 2:00 a.m. I do not find this distinction persuasive either. It may be harder to obtain the services of a lawyer at 2:00 a.m., but it is by no means easy to get a specific lawyer at 9:00 p.m. either. To make a distinction such as this is at once to interpret the *Charter* in a grudging way and to give the police, who must administer the law, very unclear guidelines.

In my view, this case is governed by *Ross*. There, Lamer J. for the majority, discussed what is meant by a reasonable opportunity. He said, at p. 11:

Reasonable diligence in the exercise of the right to choose one's counsel depends upon the context facing the accused or detained person. On being arrested, for example, the detained person is faced with an immediate need for legal advice and must exercise reasonable diligence accordingly. By contrast, when seeking the best lawyer to conduct a trial, the accused person faces no such immediacy. Nevertheless, accused or detained persons have a right to choose their counsel and it is only if the lawyer chosen cannot be available within a reasonable time that the detainee or the accused should be expected to exercise the right to counsel by calling another lawyer.

Moreover, once the appellant asserted his right to instruct counsel, and absent a clear indication that he had changed his mind, it was unreasonable for the police to proceed as if Leclair had waived his right to counsel.

Lamer J. then went on to discuss *Clarkson, supra*, and noted that after an assertion of the right to counsel, the burden of establishing an unequivocal waiver is on the Crown. Similarly, in view of the appellant's ongoing assertion of a desire to speak with counsel, I am of the opinion that the burden of showing a reasonable opportunity was given must be on the Crown.

Lamer J. then discussed the issue of urgency. He stated, at p. 12:

d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Le ministère public a aussi voulu établir une distinction d'avec l'arrêt *Ross*, précité, parce qu'en l'espèce l'arrestation avait eu lieu à 21 h alors que dans l'affaire *Ross* elle avait eu lieu à 2 h du matin. Je ne trouve pas cette distinction convaincante non plus. Il est peut-être plus difficile d'obtenir les services d'un avocat à 2 h du matin, mais il n'est certainement pas facile non plus d'entrer en communication avec un avocat précis à 21 h. Établir une telle distinction serait, à la fois, donner une interprétation mesquine de la *Charte* et formuler des directives très ambiguës pour les policiers chargés de l'application de la loi.

Selon moi, l'arrêt *Ross* s'applique à l'espèce. Dans cet arrêt, le juge Lamer analyse, pour la majorité, la notion de possibilité raisonnable. Il dit à la p. 11:

La diligence raisonnable dans l'exercice du droit de choisir son avocat dépend de la situation dans laquelle se trouve l'accusé ou le détenu. Au moment de son arrestation, par exemple, le détenu a un besoin immédiat de conseils juridiques et doit faire preuve de diligence raisonnable en conséquence. Par contre, lorsqu'il cherche le meilleur avocat pour un procès, l'accusé n'est pas dans une telle situation d'urgence. Néanmoins, l'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce son droit à l'assistance d'un avocat en appelant un autre avocat.

De plus, l'appellant ayant fait valoir son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, et en l'absence d'indication claire qu'il avait changé d'avis, il était déraisonnable que les policiers agissent comme si Leclair avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

Le juge Lamer examine ensuite l'arrêt *Clarkson*, précité, et signale que lorsque l'accusé a fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, il incombe au ministère public d'établir qu'il y a manifestement renoncé par la suite. De même, à cause de l'affirmation répétée de l'appellant de sa volonté de parler à son avocat, je suis d'avis qu'il incombe au ministère public de faire la preuve qu'il lui a été donné une possibilité raisonnable de le faire.

Le juge Lamer examine ensuite la question de l'urgence. Il dit à la p. 12:

Obviously, there was no urgency or other reason justifying that the police proceed forthwith and it cannot be said that the appellants had a real opportunity to retain and instruct counsel.

Later, at p. 17, he added:

The appellants clearly asserted their right to counsel and there was no urgency of any kind to explain the behaviour of the police. Nothing prevented them from holding the line-up later in the day. Nor is this a case of a good faith error in police conduct resulting in an inadvertent denial of the right to counsel. The police cannot be excused for misconstruing and misinterpreting the scope of their duty to provide a reasonable opportunity to retain and instruct counsel.

In my view, these observations apply equally to this case. There was no reason to proceed before the appellant had the opportunity to speak with counsel the next morning. As well, as the portions of the transcript set forth in the excerpt from *McLachlin J.A.'s* judgment cited earlier demonstrate, the police, in questioning the appellant following his insistence on speaking to his lawyer, completely disregarded the appellant's rights.

The only factor I can find in the police's favour in this case is that the appellant did not attempt to call his lawyer. However, I cannot hold it against the appellant that he was willing to spend the night in jail when the likelihood was that he would not have been able to talk to his lawyer that night anyway. All in all, I have no difficulty in holding that the police did not, in the circumstances, give the appellant a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. I would go further and say that their conduct constituted a wilful violation of the appellant's rights.

My conclusion that the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) will therefore not be surprising. The appellant's statement was obtained as a direct consequence of the breach of the appellant's rights. Additionally, I am troubled by the fact that after the appellant had repeatedly asserted his desire to speak to his lawyer, the police did nothing to disabuse him of the notion that he could speak to the police "off the record". The Crown argues that on a balancing of the interests of the

De toute évidence, aucune urgence ni aucune autre raison ne justifiait les policiers à agir immédiatement et on ne peut dire que les appelants ont eu une possibilité réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

^a Il ajoute, plus loin, à la p. 17:

Les appelants ont clairement fait valoir leur droit à l'assistance d'un avocat et absolument aucune urgence n'explique le comportement des policiers. Rien ne les empêchait de tenir la séance d'identification plus tard ce jour-là. Ce n'est pas non plus un cas d'erreur de bonne foi qui résulterait par inadvertance en une négation du droit à l'assistance d'un avocat. On ne peut excuser les policiers d'avoir mal interprété l'étendue de leur obligation d'accorder une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

À mon avis, ces observations s'appliquent également à l'espèce. Il n'y avait aucune raison de continuer l'enquête avant que l'appelant ait eu la possibilité de consulter son avocat le lendemain matin. De même, comme l'indiquent les extraits précités des motifs du juge *McLachlin*, les policiers, en interrogeant l'appelant après qu'il eut demandé instamment à parler à son avocat, ont totalement méconnu les droits de l'appelant.

Le seul facteur de cette affaire que je considère favorable aux policiers est le fait que l'appelant n'ait pas essayé d'appeler son avocat. Cependant, on ne peut reprocher à l'appelant d'avoir accepté de passer la nuit en prison quand il était probable qu'il ne pourrait pas, de toute façon, communiquer avec son avocat le soir même. En définitive, je n'hésite pas à conclure que, dans les circonstances, les policiers n'ont pas donné à l'appelant une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. J'irais même jusqu'à dire que leur conduite constituait une violation délibérée des droits de l'appelant.

Il n'est donc pas surprenant que je conclue que la preuve aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2). La déclaration obtenue de l'appelant est la conséquence directe de la violation de ses droits. De plus, je suis préoccupé par le fait que, même après que l'appelant eut, de façon répétée, exprimé sa volonté de parler à son avocat, les policiers n'aient rien fait pour le détromper de l'idée qu'il pouvait faire une déclaration «en confidence» à la police. Le ministère public soutient néanmoins

administration of justice with the appellant's rights, the evidence should nonetheless be admitted. I am of the view that the balance lies the other way.

I would allow the appeal and order a new trial.

The reasons of Lamer and Gonthier JJ. were delivered by

LAMER J.—The appellant was found guilty of robbery, after a trial by judge and jury. The British Columbia Court of Appeal dismissed his appeal, McLachlin J.A. (as she then was) dissenting. As a result, the appellant appeals in this Court as of right. He argues that his right to retain and instruct counsel without delay, guaranteed by s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, was violated and that the evidence obtained in these circumstances should be excluded, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, since the admission of it into the proceedings could bring the administration of justice into disrepute.

The Facts

The appellant was arrested and charged with robbery. He was arrested shortly after 7:00 p.m. at his home about five months after the commission of the offence for which he is prosecuted. On the way between his home and the police station, he was advised of his rights including his right to retain and instruct counsel. On the way, he made several requests, all of which the police complied with. He asked, among other things, that certain pills be retrieved from his apartment, that his keys be left with a certain woman and that he be allowed to obtain gum and cigarettes. It was only upon his arrival at the police station, at approximately 9:00 p.m., that the appellant expressed his intention to communicate with his lawyer. The police, at this time, gave him a telephone book and gave him access to a telephone. Having noticed that the telephone book only contained the office number for his lawyer, the appellant decided not to make the call and to wait until the morning. The police suggested that he try to make the call but he refused. He was placed in a police cell.

que, si l'on met en balance l'intérêt de l'administration de la justice et les droits de l'appellant, il faut admettre les éléments de preuve. Je suis d'avis que la balance penche de l'autre côté.

J'accueillerais le pourvoi et ordonnerais un nouveau procès.

Les motifs des juges Lamer et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE LAMER—L'appellant a été reconnu coupable de vol qualifié à la suite d'un procès avec jury. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté son appel, le juge McLachlin, maintenant juge de cette Cour, étant dissidente. L'appellant se pourvoit donc de plein droit. Il prétend que son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été violé et que la preuve obtenue dans ces circonstances devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de cette *Charte* puisque son utilisation en preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Les faits

L'appellant a été arrêté et accusé de vol qualifié. Il a été arrêté chez lui peu après 19 h cinq mois environ après la commission du crime dont il est accusé. Lors du trajet entre son domicile et le poste de police, il fut avisé de ses droits, dont son droit à l'assistance d'un avocat. Pendant ce trajet, il a formulé plusieurs demandes auxquelles les policiers ont acquiescé. Il a demandé, entre autres, que certaines pilules soient prises à son appartement, que ses clés soient laissées à une certaine personne et même qu'on lui permette de se procurer de la gomme et des cigarettes. Ce n'est qu'une fois arrivé au poste de police, soit vers 21 h, que l'appellant a exprimé son intention de communiquer avec son avocat. Les policiers ont alors mis un téléphone et un annuaire à sa disposition. Ayant constaté que seul le numéro du bureau de son avocat figurait dans l'annuaire téléphonique, l'appellant a décidé de ne pas téléphoner et d'attendre au lendemain matin. Les policiers lui ont suggéré de tenter de téléphoner, mais il a refusé. Il a été placé en cellule.

He was questioned approximately one hour later. During this questioning, the appellant advised the police that he would answer questions concerning himself but that he would not make any comments about the robbery he was charged with, until he could speak with his lawyer. The police pursued their questioning and tried to obtain a statement from him. The appellant twice indicated that he wanted to speak to his lawyer. Finally, he made a statement, specifying that it was made "off the record". It is this statement that the appellant asks this Court to exclude.

The Judgments

County Court of New Westminster

McTaggart J. concluded, after having held a *voir dire*, that the right to retain and instruct counsel guaranteed to the appellant by s. 10(b) of the *Charter* had not been violated. According to McTaggart J., the appellant was advised of his right to retain and instruct counsel but refused the offer made to him to exercise this right. The appellant was aware that he had this right when he chose to make an incriminating statement.

British Columbia Court of Appeal

The British Columbia Court of Appeal (1988), 43 C.C.C. (3d) 379 (Carrothers, Hinkson and McLachlin J.J.A.) concluded that the issue was whether the appellant had had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel without delay. Hinkson J.A., with whom Carrothers J.A. concurred, underlined that this Court, in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, elaborated on the scope of the right protected by s. 10(b) of the *Charter*. He noted that according to *Manninen*, s. 10(b) imposes two duties on the police. The police must give the arrested or detained person a reasonable opportunity to exercise his right to counsel and refrain from questioning this person until he has had this reasonable opportunity. He wrote that in his view (at p. 387):

Looking at the circumstances as they existed up to the point when the interview commenced, it appears to me

Il a été interrogé environ une heure plus tard. Pendant cet interrogatoire, l'appelant a avisé les policiers qu'il répondrait aux questions le concernant personnellement, mais qu'il ne ferait aucun commentaire quant au vol qui lui était reproché tant qu'il n'aurait pas parlé à son avocat. Les policiers ont poursuivi leur interrogatoire et ont tenté d'obtenir une déclaration de sa part. L'appelant a indiqué à deux reprises qu'il voulait parler à son avocat. Il a finalement fait une déclaration en spécifiant que celle-ci était faite «en confidence». C'est cette déclaration que l'appelant nous demande d'écartier.

Les jugements

Cour de comté de Westminster

Le juge McTaggart a conclu, après la tenue d'un *voir-dire*, que le droit à l'assistance d'un avocat qui est garanti à l'appelant en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* n'avait pas été violé. Selon lui, l'appelant a été avisé de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat, mais a décliné l'offre qui lui a été faite de l'exercer. Il savait, lorsqu'il a choisi de s'incriminer, qu'il possédait ce droit.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 43 C.C.C. (3d) 379 (les juges Carrothers, Hinkson et McLachlin) a conclu que la question en litige était celle de savoir si l'appelant avait eu une possibilité raisonnable d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Le juge Hinkson, aux motifs duquel a souscrit le juge Carrothers, a souligné que cette Cour, dans les affaires *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, avait examiné en détail la portée du droit garanti par l'al. 10b) de la *Charte*. Il a noté que selon *Manninen*, l'al. 10b) impose deux obligations aux policiers. Il faut que les policiers offrent à la personne arrêtée ou détenue une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat et qu'ils s'abstiennent de l'interroger jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable. Il a écrit que selon lui (à la p. 387):

[TRADUCTION] Compte tenu des circonstances qui prévalaient au début de l'interrogatoire, j'estime que l'appe-