

**Neil Gerald Hebert** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. V. HEBERT

File No.: 21161.

1989: November 8; 1990: June 21.

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

ON APPEAL FOR THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Scope of right to silence — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Whether accused's right to remain silent infringed — If so, whether statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Waiver — Right to silence — Whether doctrine of waiver applies to right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether limit imposed on accused's right to remain silent "prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether statements should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

**Neil Gerald Hebert** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. C. HEBERT

N° du greffe: 21161.

1989: 8 novembre; 1990: 21 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE DU YUKON

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Portée du droit de garder le silence — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Le droit de l'accusé de garder le silence a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, les déclarations sont-elles recevables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Renonciation — Droit de garder le silence — La doctrine de la renonciation s'applique-t-elle au droit de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — La limite imposée au droit de l'accusé de garder le silence est-elle une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — Les déclarations devraient-elles être écartées en application de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*Evidence — Confessions — Admissibility — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

The accused was arrested on a charge of robbery and informed upon arrest of his right to counsel. At the police station, after consulting counsel, he advised the police that he did not wish to make a statement. The accused was then placed in a cell with an undercover police officer posing as a suspect under arrest by police. The officer engaged the accused in conversation, during which the accused made various incriminating statements implicating him in the robbery. Prior to trial, there was a *voir dire* to determine the admissibility of these statements. The judge held that the accused's right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and his right to remain silent asserted under s. 7 of the *Charter* had been violated and excluded the statements pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The Crown offered no evidence, and the accused was later acquitted. The Court of Appeal set aside the accused's acquittal and ordered a new trial. The Court found that the police conduct did not violate the accused's right to counsel or his right to remain silent.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Dickson C.J. and Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Section 7 of the *Charter* accords a detained person a pre-trial right to remain silent, and the scope of that right extends beyond the narrow formulation of the confessions rule. The rules relating to the right to remain silent adopted by our legal system, such as the common law confessions rule and the privilege against self-incrimination, suggest that the scope of the right in the pre-trial detention period must be based on the fundamental concept of the suspect's right to freely choose whether to speak to the authorities or remain silent. This concept, which is accompanied by a correlative concern with the repute and integrity of the judicial process, is consistent with the right to counsel and the right against self-incrimination affirmed by the *Charter*. It is also consistent with the *Charter's* approach to the question of improperly obtained evidence under s. 24(2) and with the underlying philosophy and purpose of the procedural guarantees the *Charter* enshrines—in particular in s. 7. That section

*Preuve — Confessions — Recevabilité — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — Les déclarations sont-elles recevables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

Au moment de son arrestation sur une accusation de vol qualifié, l'accusé a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Au poste de police, l'accusé, après avoir consulté un avocat, a avisé les policiers qu'il ne voulait pas faire de déclaration. On a ensuite placé l'accusé dans une cellule avec un agent de police banalisé qui prétendait être un suspect arrêté par la police. L'agent a engagé la conversation avec l'accusé, et celui-ci a fait diverses déclarations incriminantes qui l'impliquaient dans le vol qualifié. Avant le début du procès, on a tenu un *voir-dire* pour déterminer la recevabilité de ces déclarations. Le juge du procès a conclu que le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat, prévu à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et son droit de garder le silence, invoqué en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, avaient été violés, et il a écarté les déclarations en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le ministère public n'a présenté aucune preuve et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel a annulé l'acquiescement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que la conduite des policiers n'a violé ni le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat ni son droit de garder le silence.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: L'article 7 de la *Charte* confère à une personne détenue le droit de garder le silence avant le procès et la portée de ce droit s'étend au-delà de la formulation étroite de la règle des confessions. Les règles applicables au droit de garder le silence, adoptées dans notre système juridique, comme la règle des confessions en common law et le privilège de ne pas s'incriminer, indiquent que la portée du droit pendant la détention avant le procès doit être fondée sur la notion fondamentale du droit du suspect de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. Cette notion, qui s'accompagne d'un souci correspondant de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit, est compatible avec le droit à l'assistance d'un avocat et avec le droit de ne pas s'incriminer reconnu par la *Charte*. Elle est également compatible avec la façon dont la *Charte* aborde la question de la preuve obtenue de façon irrégulière, en vertu du par.

imposes limits on the power of the state over the detained person and seeks to effect a balance between their respective interests. Under s. 7, the state is not entitled to use its superior power to override the suspect's will and negate his choice to speak to the authority or to remain silent. The courts, therefore, must adopt an approach to pre-trial interrogation which emphasizes the right of a detained person to make a meaningful choice and which permits the rejection of statements which have been obtained unfairly in circumstances that violate that right of choice. The test to determine whether the suspect's choice has been violated is essentially objective. The focus of the inquiry under the *Charter* will be on the conduct of the authorities *vis-à-vis* the suspect. Further, since the right to remain silent under s. 7 is not an absolute right but must be qualified by considerations of the state interest and the repute of the judicial system, the *Clarkson* standard relating to waiver of a *Charter* right does not apply to the right to silence.

The scope of the right to silence, however, does not go as far as to prohibit police from obtaining confessions in all circumstances. The proposed approach to the s. 7 right to silence retains the objective approach to the confessions rule and would permit the rule to be subject to the following limits. First, there is nothing that prohibits the police from questioning an accused or a suspect in the absence of counsel after he has retained counsel. Police persuasion, short of denying the suspect the right to choose or of depriving him of an operating mind, does not breach the right to silence. Second, the right applies only after detention. Third, the right does not affect voluntary statements made to fellow cell mates. The violation of the suspect's rights occurs only when the Crown acts to subvert the suspect's constitutional right to choose not to make a statement to the authorities. Fourth, a distinction must be made between the use of undercover agents to observe the suspect, and the use of undercover agents to actively elicit information in violation of the suspect's choice to remain silent. Finally, even where a violation of the suspect's right is established, the evidence may, where appropriate, be admitted. Only if the court is satisfied that its reception would be likely to bring the administration of justice into disrepute can the evidence be rejected under s. 24(2) of the *Charter*. Where the police have acted with due care for the suspect's rights, it is unlikely that the statements they obtain will be held inadmissible.

24(2), et avec la philosophie et l'objet qui sous-tendent les garanties procédurales contenues dans la *Charte*—en particulier à l'art. 7. Cette disposition restreint le pouvoir de l'État sur la personne détenue et tente d'établir un équilibre entre leurs intérêts respectifs. En vertu de l'art. 7, l'État ne peut utiliser son pouvoir supérieur pour faire fi de la volonté du suspect et nier son choix de parler aux autorités ou de garder le silence. Les tribunaux doivent donc adopter à l'égard des interrogatoires qui précèdent le procès une démarche qui insiste sur le droit de la personne détenue de faire un choix utile et qui permette d'écarter les déclarations qui ont été obtenues de façon inéquitable dans des circonstances qui violent ce droit de choisir. Le critère permettant de déterminer si le choix du suspect a été violé est essentiellement objectif. Il faut, en vertu de la *Charte*, se concentrer sur la conduite des autorités vis-à-vis du suspect. De plus, puisque le droit de garder le silence en vertu de l'art. 7 n'est pas absolu mais doit être restreint par des considérations relatives à l'intérêt de l'État et à la considération dont jouit le système judiciaire, la norme de l'arrêt *Clarkson* relative à la renonciation à un droit conféré par la *Charte* ne s'applique pas au droit de garder le silence.

La portée du droit de garder le silence ne va pas cependant jusqu'à interdire à la police d'obtenir des confessions, dans toutes les circonstances. L'interprétation préconisée du droit de garder le silence, en vertu de l'art. 7, retient la conception objective de la règle des confessions et permettrait d'assujettir la règle aux limites suivantes. Premièrement, rien n'interdit aux policiers d'interroger l'accusé ou le suspect en l'absence de l'avocat après que l'accusé a eu recours à ses services. La persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence. Deuxièmement, le droit ne s'applique qu'après la détention. Troisièmement, le droit ne porte pas atteinte aux déclarations faites volontairement à des compagnons de cellule. Il n'y a violation des droits du suspect que lorsque le ministère public agit de façon à miner le droit constitutionnel du suspect de choisir de ne pas faire de déclaration aux autorités. Quatrièmement, il faut faire une distinction entre le recours à des agents banalisés pour observer le suspect et le recours à des agents banalisés pour obtenir de façon active des renseignements contrairement au choix du suspect de garder le silence. Enfin, même lorsqu'une violation des droits du suspect est établie, la preuve obtenue peut, dans les circonstances appropriées, être utilisée. Ce n'est que si le tribunal est convaincu que sa réception est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que cette preuve peut être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Lorsque les policiers ont agi en respectant dûment les droits du suspect, il est peu probable que les déclarations obtenues soient déclarées irrecevables.

Here, the accused exercised his choice not to speak to the police and the police violated his right to remain silent under s. 7 of the *Charter* by using a trick to negate his decision. Section 1 of the *Charter* was inapplicable because the police conduct was not a limit "prescribed by law" within the meaning of that section.

The evidence obtained in breach of the accused's right under s. 7 should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Where an accused is conscripted to give evidence against himself after clearly electing not to do so by use of an unfair trick practised by the authorities, and where the resultant statement is the only evidence against him, the reception of the evidence would render the trial unfair. The accused would be deprived of his presumption of innocence and would be placed in the position of having to take the stand if he wished to counter the damaging effect of the confession. Further, the *Charter* violation was a serious one as the conduct of the police was wilful and deliberate. Finally, while the exclusion of the evidence would result in an acquittal, since virtually the only evidence against the accused was his statement to the undercover policeman, it is clear in balancing the three factors set out in *Collins* that, under the present circumstances, it is the admission of the evidence, not its exclusion, that would bring the administration of justice into disrepute. It is contrary to the notions of fundamental justice to require an accused to secure his own conviction.

*Per Wilson and Sopinka JJ.*: The right to remain silent is an integral element of our system of criminal justice and has the status of a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. This right is distinct from the privilege against self-incrimination, which applies only in the course of proceedings. The content of the residual right to remain silent protected by s. 7 extends at least as far as the common law right. The content of the right at common law, however, should not be confused with the efficacy of its enforcement. The enforcement mechanisms available to judges at common law do not compare to those granted by s. 24 of the *Charter*, particularly the power to exclude evidence under s. 24(2). To define *Charter* rights only in accordance with the ultimate effectiveness of their common law and statutory antecedents would be to deny the supremacy of the Constitution.

The right to remain silent, which is designed to shield an accused from the unequal power of the prosecution, arises when the coercive power of the state is brought to

En l'espèce, l'accusé a exercé son choix de ne pas parler aux policiers et ceux-ci ont violé son droit de garder le silence, reconnu à l'art. 7 de la *Charte*, en usant d'un artifice pour contrecarrer sa décision. L'article premier de la *Charte* ne s'applique pas parce que la conduite policière n'est pas une limite prescrite par une règle de droit au sens de cet article.

La preuve obtenue en violation du droit de l'accusé prévu à l'art. 7 devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Lorsqu'un accusé est appelé à témoigner contre lui-même, après avoir clairement choisi de ne pas le faire, au moyen d'un artifice inéquitable utilisé par les autorités, et lorsque la déclaration qui en résulte est la seule preuve contre lui, la réception de cette preuve rendrait le procès inéquitable. L'accusé serait privé de sa présomption d'innocence et serait tenu de témoigner s'il voulait contrecarrer l'effet préjudiciable de la confession. En outre, la violation de la *Charte* est grave puisque la conduite des policiers était intentionnelle et délibérée. Enfin, même si l'exclusion de la preuve donnerait lieu à un acquittement puisqu'en pratique, la seule preuve contre l'accusé est la déclaration qu'il a faite à l'agent banalisé, il est clair qu'en soulevant les trois facteurs formulés dans l'arrêt *Collins*, c'est, dans les circonstances de l'espèce, l'utilisation de la preuve et non son exclusion qui déconsidérerait l'administration de la justice. Il est contraire aux notions de justice fondamentale que l'accusé soit tenu de se condamner lui-même.

*Les juges Wilson et Sopinka*: Le droit de garder le silence fait partie intégrante de notre système de justice criminelle et constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit est distinct du privilège de ne pas s'incriminer qui s'applique seulement au cours des procédures. Le contenu du droit résiduaire de garder le silence protégé par l'art. 7 a une portée au moins aussi large que le droit de common law. Il ne faut cependant pas confondre le contenu du droit en common law avec l'efficacité de son application. Les mécanismes d'application dont disposent les juges en common law ne sont pas comparables à ceux prévus par l'art. 24 de la *Charte*, particulièrement le pouvoir d'écartier une preuve en application du par. 24(2). Ne définir les droits reconnus par la *Charte* qu'en conformité avec l'efficacité ultime de ceux qui les ont précédés en common law ou dans les lois serait nier la suprématie de la Constitution.

Le droit de garder le silence, qui a pour but de protéger un accusé du pouvoir inégal de la poursuite, prend naissance lorsque le pouvoir coercitif de l'État

bear against the individual, either formally (by arrest or charge) or informally (by detention or accusation). It is at this point that an adversary relationship comes to exist between the state and the individual. The right, however, does not avail against private individuals. Once the right to remain silent attaches, any communication between an accused and an agent of the state (including a suborned informer) is subject to the right and may proceed only if the accused waives the right; but communication between an accused and another private individual is not subject to the right.

In this case, the accused's right to remain silent under s. 7 of the *Charter* was violated. The undercover police officer "engaged the accused in conversation" after the latter was charged and while he was in custody. In light of the *Clarkson* standard relating to waiver of a *Charter* rights, the accused did not waive his right to remain silent by speaking to the undercover officer. The limiting effect on the accused's right to remain silent was not "prescribed by law", and it is therefore unnecessary to consider the application of s. 1 of the *Charter*.

The evidence of the incriminating statements elicited by the undercover police officer should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The self-incriminating evidence sought to be adduced in this case, if admitted, would render the trial unfair and would bring the administration of justice into disrepute. It would strip the accused of the presumption of innocence and would place him in the invidious position of having to take the stand, contrary to the privilege against self-incrimination, in order to disclaim the confession. The good faith of the police officers, who arranged for the deception of the accused relying on the authority of *Rothman*, is not a significant factor in favour of receiving the evidence. Where impugned evidence falls afoul of the first set of factors set out in *Collins* (trial fairness), the admissibility of such evidence cannot be saved by resort to the second set of factors (the seriousness of the violation). These two sets of factors are alternative grounds for the exclusion of evidence, and not alternative grounds for the admission of evidence.

*Per Wilson J.*: The right to remain silent is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. This right, which arises whenever the coercive power of the state is brought to bear upon the citizen, must be given a generous interpretation to fulfill its purpose. It is accordingly inappropriate to qualify it by balancing the interests of the state against it or by applying to it the considerations relevant to the admissi-

vient à être exercé contre l'individu, soit formellement (par l'arrestation ou l'inculpation) soit de façon informelle (par la détention ou l'accusation). C'est à ce moment qu'un rapport contradictoire naît entre l'État et l'individu. Cependant les particuliers ne peuvent invoquer le droit entre eux. Lorsque le droit de garder le silence s'applique, toute communication entre un accusé et un fonctionnaire de l'État (y compris un dénonciateur suborné) est assujettie au droit et ne peut avoir lieu que si l'accusé renonce au droit; mais la communication entre un accusé et un autre particulier n'est pas assujettie à ce droit.

En l'espèce, le droit de l'accusé de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte* a été violé. L'agent de police banalisé «a engagé la conversation avec l'accusé» après son inculpation et pendant sa détention. Compte tenu de la norme formulée dans l'arrêt *Clarkson* relativement à la renonciation aux droits reconnus par la *Charte*, l'accusé n'a pas renoncé à son droit de garder le silence en parlant à l'agent banalisé. L'effet limitant le droit de l'appelant de garder le silence n'était pas prescrit par une règle de droit et il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier de la *Charte*.

La preuve des déclarations incriminantes obtenues par l'agent de police banalisé doit être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*. L'utilisation de la preuve incriminante que l'on tente de produire en l'espèce rendrait le procès inéquitable et déconsidérerait l'administration de la justice. Elle priverait l'accusé de la présomption d'innocence et le placerait dans la situation inconfortable où il aurait à témoigner, contrairement au privilège de ne pas s'incriminer, pour démentir la confession. La bonne foi des policiers qui ont dupé l'accusé en se fondant sur l'arrêt *Rothman* n'est pas un facteur important en faveur de l'utilisation de la preuve. Lorsque la preuve contestée se heurte à la première série des facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* (l'équité du procès), la recevabilité de cette preuve ne peut être sauvegardée par un recours à la deuxième catégorie de facteurs (la gravité de la violation). Ces deux séries de facteurs sont des moyens facultatifs pour écarter la preuve et non des moyens facultatifs pour admettre la preuve.

*Le juge Wilson*: Le droit de garder le silence est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit, qui prend naissance chaque fois que le pouvoir coercitif de l'État vient à être exercé sur le citoyen, doit recevoir une interprétation libérale pour réaliser son objet. Il ne convient donc pas qu'on le restreigne en le mettant en balance avec les intérêts de l'État ou en lui appliquant les considérations relatives à

bility of evidence set out in s. 24(2) of the *Charter*. In deciding whether or not the authorities have offended fundamental justice, it is essential to focus on the treatment of the accused and not on the objective of the state. It would be contrary to a purposive approach to the s. 7 right to inject justificatory considerations for putting limits upon it into the ascertainment of its scope or content. For the same reasons, it is inappropriate to merge the question whether statements elicited in violation of the s. 7 right should be admitted into evidence with the question whether the right has in fact been violated. The repute of the justice system has no bearing on whether the right to silence has been violated contrary to the principles of fundamental justice. Finally, the doctrine of waiver applies to the right to remain silent under s. 7 as it does to other rights in the *Charter*.

#### Cases Cited

By McLachlin J.

**Distinguished:** *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; **referred to:** *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Commissioners of Customs & Excise v. Harz*, [1967] 1 All E.R. 177; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Gach v. The King*, [1943] S.C.R. 250; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101; *R. v. McCorkell* (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 395; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Clot (No. 1)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349.

By Sopinka J.

**Referred to:** *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v. Symonds* (1983), 9

la recevabilité de la preuve énoncées au par. 24(2) de la *Charte*. Pour décider si les autorités ont violé la justice fondamentale, il est essentiel de se concentrer sur le traitement de l'accusé et non sur l'objectif de l'État. Il serait contraire à une conception du droit reconnu à l'art. 7, fondée sur l'objet visé, que de faire intervenir des considérations justificatrices pour lui imposer des limites dans le processus de définition de sa portée ou de son contenu. Pour les mêmes motifs, il ne convient pas de fusionner la question de savoir si des déclarations obtenues en violation du droit reconnu à l'art. 7 devraient être utilisées en preuve et celle de savoir si, dans les faits, le droit a été violé. La considération dont jouit le système judiciaire n'a aucune incidence sur la question de savoir si le droit de garder le silence a été violé contrairement aux principes de justice fondamentale. Enfin, la doctrine de la renonciation s'applique au droit de garder le silence reconnu à l'art. 7 comme elle s'applique à d'autres droits reconnus par la *Charte*.

#### d Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Distinction d'avec les arrêts:** *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; **arrêts mentionnés:** *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Commissioners of Customs & Excise v. Harz*, [1967] 1 All E.R. 177; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Gach v. The King*, [1943] R.C.S. 250; *Boudreau v. The King*, [1949] R.C.S. 262; *R. v. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101; *R. v. McCorkell* (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 395; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. v. Clot* (1982), 27 C.R. (3d) 324.

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v.*

C.C.C. (3d) 225; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *Stein v. The King*, [1928] S.C.R. 553; *Chapdelaine v. The King*, [1935] S.C.R. 53; *Hall v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 322; *Bessela v. Stern* (1877), 2 C.P.D. 265; *MacKenzie v. Commer* (1973), 44 D.L.R. (3d) 473; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Taggart v. R.* (1980), 13 C.R. (3d) 179; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964); *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980); *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966); *Parkes v. The Queen*, [1976] 1 W.L.R. 1251; *RWDSU v. Dolphin Delivery Inc.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Hicks* (1988), 42 C.C.C. (3d) 394 (Ont. C.A.), aff'd [1990] 1 S.C.R. 120; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Smith, Wilson and Quesnelle*, Ont. S.C., November 5, 1987; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138.

By Wilson J.

**Referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 10(b), 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 303 [am. 1972, c. 13, s. 70].

#### Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.  
 Freedman, Samuel. "Admissions and Confessions". In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972.  
 Galligan, D. J. "The Right to Silence Reconsidered" (1988), 41 *C.L.P.* 69.  
 Harris, M. H. "Concerning Statements to Police Officers" (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 395.  
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1979.  
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*. Third supplement (cumulative) to the third edition. Toronto: Carswells, 1986.

*Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *Stein v. The King*, [1928] R.C.S. 553; *Chapdelaine v. The King*, [1935] R.C.S. 53; *Hall v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 322; *Bessela v. Stern* (1877), 2 C.P.D. 265; *MacKenzie v. Commer* (1973), 44 D.L.R. (3d) 473; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Taggart v. R.* (1980), 13 C.R. (3d) 179; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964); *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980); *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966); *Parkes v. The Queen*, [1976] 1 W.L.R. 1251; *SDGMR c. Dolphin Delivery Inc.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. v. Hicks* (1988), 42 C.C.C. (3d) 394 (C.A. Ont.), conf. [1990] 1 R.C.S. 120; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. v. Smith, Wilson and Quesnelle*, C.S. Ont., 5 novembre 1987; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138.

<sup>e</sup> Citée par le juge Wilson

**Arrêt mentionné:** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

#### <sup>f</sup> Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 10(b), 24(2).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 303 [mod. 1972, ch. 13, art. 70].

#### <sup>g</sup> Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.  
<sup>h</sup> Freedman, Samuel. «Admissions and Confessions». In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972.  
 Galligan, D. J. «The Right to Silence Reconsidered» (1988), 41 *C.L.P.* 69.  
<sup>i</sup> Harris, M. H. «Concerning Statements to Police Officers» (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 395.  
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1979.  
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*. Third supplement (cumulative) to the third edition. Toronto: Carswells, 1986.

Ratushny, Ed. "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 *McGill L.J.* 1.

Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of robbery contrary to s. 303 of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

*Edward L. Greenspan, Q.C.*, and *Paul S. O'Brien*, for the appellant.

*S. R. Fainstein, Q.C.*, and *D. R. Beardall*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin J.J. was delivered by

MCLACHLIN J.—This case raises the issue of whether a statement made by a detained person to an undercover police officer violates the rights of the accused under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

#### The Facts

The accused, after consulting counsel and advising the police that he did not wish to make a statement to them, was tricked into making a statement by the ruse of an undercover police officer placed in the cell to which he was taken. The question is whether this violates his rights under the *Charter* and if so, whether the trial judge was right in refusing to admit the statement in evidence.

The agreed statement of facts reads as follows:

1. On January 11, 1987 at approximately 6:00 a.m., a male person wearing a ski mask entered the Klondike Inn and approached the front desk clerk, and told the clerk to give him the money. He then raised a claw hammer in the air in a threatening motion and again demanded the money. The clerk complied, and passed over to the culprit the sum of \$180.00, the contents of the till. The culprit then told the clerk to wait ten minutes before calling the police, and fled

Ratushny, Ed. «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1.

Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé d'une accusation de vol qualifié, en contravention de l'art. 303 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

*Edward L. Greenspan, c.r.*, et *Paul S. O'Brien*, pour l'appellant.

*S. R. Fainstein, c.r.*, et *D. R. Beardall*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit en l'espèce de savoir si une déclaration faite par une personne en détention à un agent de police banalisé viole les droits que la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît à l'accusé.

#### Les faits

Après avoir consulté un avocat et avisé les policiers qu'il ne voulait pas faire de déclaration, l'accusé, par suite d'un artifice pratiqué par un agent de police banalisé placé dans la même cellule que lui, a fini par faire une déclaration. La question est de savoir s'il y a violation des droits que lui reconnaît la *Charte* et, le cas échéant, si le juge du procès a eu raison de refuser d'admettre la déclaration en preuve.

L'exposé conjoint des faits se lit ainsi:

[TRADUCTION]

1. Le 11 janvier 1987, vers 6 h, un homme portant une cagoule de ski est entré au Klondike Inn et s'est approché du commis à la réception et lui a dit de lui donner l'argent. Il a ensuite brandi d'un geste menaçant un marteau à pied-de-biche et a demandé à nouveau l'argent. Le commis s'est exécuté et a remis à l'accusé la somme de 180 \$, le contenu de la caisse. L'accusé a ensuite dit au commis d'attendre dix minutes avant d'appeler la police et il s'est enfui des

- the scene on foot. He was last seen heading in the direction of 4th Avenue.
2. In the course of the investigation over the next several months, police received confident [*sic*] information from three informants that the person responsible for the robbery was the accused, Neil Gerald HEBERT.
  3. On April 15, 1987, at 8:42 p.m., the accused was located by the police in the lounge area of the Taku Hotel in Whitehorse. He was placed under arrest, advised of his right to retain and instruct counsel without delay, and taken to the R.C.M.P. Detachment.
  4. Once at the Detachment, HEBERT contacted counsel and obtained advice from counsel regarding his right to refuse to give a statement.
  5. The police were aware that HEBERT had contacted counsel and of the identity of that counsel.
  6. After exercising his right to contact counsel, HEBERT was taken into an interview room by Constable Mike Stewart. He was given the usual police caution, and then told that the police wanted to know why he had done it. He indicated that he did not wish to make a statement.
  7. He was then placed in a cell with Corporal Daun Miller, disguised in plainclothes, and posing as a suspect under arrest by police. While in the cell, Corporal Miller engaged the accused in conversation, during which the accused made various incriminating statements which implicated himself in the robbery of January 11, 1987.
- lieux à pied. Il se dirigeait vers la 4<sup>e</sup> avenue la dernière fois qu'il a été vu.
2. Pendant l'enquête tenue au cours des mois suivants, les policiers ont été informés confidentiellement par trois indicateurs que la personne responsable du vol était l'accusé, Neil Gerald HEBERT.
  3. Le 15 avril 1987, à 20 h 42, les policiers ont trouvé l'accusé dans le hall d'entrée du Taku Hotel à Whitehorse. Il a été mis en état d'arrestation, informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et amené au quartier de la GRC.
  4. Une fois au quartier, HEBERT a communiqué avec son avocat qui l'a conseillé au sujet de son droit de refuser de faire une déclaration.
  5. Les policiers savaient que HEBERT avait communiqué avec son avocat et ils connaissaient l'identité de cet avocat.
  6. Après que HEBERT eut exercé son droit de communiquer avec un avocat, l'agent Mike Stewart l'a amené dans une salle d'interrogatoire. On lui a fait la mise en garde habituelle et on lui a dit ensuite que les policiers voulaient savoir pourquoi il avait fait cela. Il a indiqué qu'il ne voulait pas faire de déclaration.
  7. Il a ensuite été placé dans une cellule avec le caporal Daun Miller, lequel était habillé en civil et prétendait être un suspect que les policiers avaient mis en état d'arrestation. Alors qu'il était dans la cellule, le caporal Miller a engagé la conversation avec l'accusé et celui-ci lui a fait diverses déclarations incriminantes qui l'impliquaient dans le vol du 11 janvier 1987.

### The Legislation

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

24. ...

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circum-

### Les dispositions législatives

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

24. ...

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard

stances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

### The Judgments

The trial judge, Maddison J., held that the accused's right to counsel and right to remain silent had been violated: (1987), 3 Y.R. 88. He distinguished *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, where this Court ruled admissible a statement to an undercover police officer, on the grounds that: (1) in *Rothman* the accused had not retained counsel at the time of the statement; and (2) *Rothman* was decided before the advent of the *Charter*.

On the right to counsel, the trial judge said, at p. 91:

I am of the opinion that to subvert the lawyer-client relationship by means of fraud on the client effectively destroys the retainer and thus destroys one of the legal rights guaranteed by the *Charter*.

The trial judge also held that the accused's right to remain silent had been violated. He concluded, at p. 91:

The [appellant] exercised his right to remain silent and at no time thereafter waived his right to remain silent by agreeing to speak to a person in authority. He was then, by trickery, induced to make incriminating statements. That is a wilful and deliberate breach of the [appellant's] right to silence, which by itself, in the view of the majority of the Supreme Court of Canada in *Rothman*, is an acceptable means to an end. Done in the context of his having retained counsel and the knowledge of the police to that effect it is unfair and the admission of the evidence in the proceedings could bring the administration of justice into disrepute.

The Court of Appeal for the Yukon Territory held that the trial judge erred in rejecting the accused's statement to the undercover officer: (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56. In its view, neither the accused's right to counsel nor his right to remain silent had been breached. The Court rejected the view that the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* precluded questioning in the absence of counsel after counsel had been contacted. As for the right

aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

### Les jugements

<sup>a</sup> Le juge du procès Maddison a conclu que le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat et le droit de garder le silence avaient été violés: (1987), 3 Y.R. 88. Il a établi une distinction d'avec l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, dans lequel notre Cour a jugé recevable une déclaration faite à un agent de police banalisé pour le motif que: (1) dans l'arrêt *Rothman*, l'accusé n'avait pas eu recours à l'assistance d'un avocat au moment de la déclaration, et (2) l'arrêt *Rothman* a été rendu avant l'adoption de la *Charte*.

Quant au droit à l'assistance d'un avocat, le juge du procès a affirmé (à la p. 91):

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Je suis d'avis que miner la relation avocat-client en usant d'artifices envers le client annule réellement le mandat et annule donc l'une des garanties juridiques reconnues par la *Charte*.

<sup>e</sup> Le juge du procès a également statué que le droit de l'accusé de garder le silence avait été violé. Il a conclu (à la p. 91):

<sup>f</sup> [TRADUCTION] L'[appelant] a exercé son droit de garder le silence et n'y a jamais renoncé par la suite en acceptant de parler à une personne en autorité. Il a ensuite été amené au moyen d'un artifice à faire des déclarations incriminantes. Il s'agit d'une violation préméditée et délibérée du droit de l'[appelant] de garder le silence qui, en soi, selon l'opinion de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rothman*, est un moyen acceptable de parvenir à une fin. Parce que cette violation a eu lieu après que l'accusé eut retenu les services d'un avocat, et ce, à la connaissance des policiers, elle est injuste et l'utilisation de la preuve dans les procédures serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

<sup>h</sup> La Cour d'appel du territoire du Yukon a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en rejetant la déclaration que l'accusé a faite à l'agent banalisé: (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56. À son avis, ni le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat ni son droit de garder le silence n'avaient été violés. La cour a rejeté l'opinion que le droit à l'assistance d'un avocat, en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*, ne permet pas de procéder à un interrogatoire en

to remain silent asserted under s. 7 of the *Charter*, the Court of Appeal found the principles of fundamental justice upon which the right must rest must be interpreted in the context of *Rothman*, where interrogation by a police officer posing as a fellow prisoner was held not to violate the principles of fundamental justice.

### The Issues

There are two main issues:

1. Were the appellant's rights under the *Charter* infringed?

(a) Was his right to remain silent infringed?

(b) Was his right to counsel infringed?

2. If the appellant's rights were infringed, was the statement admissible under s. 24(2) of the *Charter*?

The parties agree that s. 7 of the *Charter* accords a right to silence to a detained person. As Cory J.A. (as he then was) stated in *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), at p. 539: "The right to remain silent is a well-settled principle that has for generations been part of the basic tenets of our law." The parties disagree, however, over the extent of the right to silence of a detained person accorded by s. 7 of the *Charter*.

The Crown submits that the right to silence is defined by the ambit of the confessions rule as it stood at the time the *Charter* was adopted. It would follow from this that statements obtained by tricks such as the one practised here would be admissible: *Rothman, supra*.

The accused submits that the right to silence guaranteed by s. 7 of the *Charter* is broader than the confessions rule as it stood in 1982, and that the use of tricks to obtain a confession after the

absence de l'avocat une fois que l'accusé est entré en communication avec lui. Quant au droit de garder le silence invoqué en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, la Cour d'appel a conclu que les principes de justice fondamentale sur lesquels le droit doit se fonder doivent être interprétés dans le contexte de l'arrêt *Rothman*, où on a décidé que l'interrogatoire par un policier prétendant être un compagnon de prison ne violait pas les principes de justice fondamentale.

### Les questions en litige

Le pourvoi soulève deux questions principales:

1. Les droits que la *Charte* reconnaît à l'appelant ont-ils été violés?

a) Son droit de garder le silence a-t-il été violé?

b) Son droit à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé?

2. Si les droits de l'appelant ont été violés, la déclaration était-elle admissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Les parties ont convenu que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à une personne détenue le droit de garder le silence. Comme le juge Cory de la Cour d'appel (maintenant juge de notre Cour) l'a affirmé dans l'arrêt *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), à la p. 539: [TRA-DUCTION] «Le droit de garder le silence est un principe bien établi qui fait partie des préceptes fondamentaux de notre droit depuis des générations.» Les parties ne s'entendent cependant pas sur la portée du droit qu'a une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

Le ministère public soutient que le droit de garder le silence est défini par la portée de la règle des confessions telle qu'elle existait à l'époque de l'adoption de la *Charte*. Il s'ensuivrait alors que les déclarations obtenues au moyen d'artifices comme ceux utilisés en l'espèce seraient admissibles: *Rothman*, précité.

L'accusé soutient que le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte* est de portée plus générale que la règle des confessions telle qu'elle existait en 1982 et que le recours à des

suspect has chosen not to give a statement violates the *Charter*.

The parties also agree that s. 10(b) of the *Charter* creates a right to counsel. The disagreement, once again, is as to the extent of that right. Is it confined to s. 10(b)? Or is there a broader right to counsel under s. 7?

I see the issues of the right of a detained person to remain silent and the right to counsel as intertwined. The question, as I view it, is whether, bearing in mind the *Charter* guarantee of the right to counsel and other provisions of the *Charter*, the accused's right to remain silent has been infringed.

#### Analysis

#### *I. Have the Appellant's Charter Rights Been Violated?*

##### (a) General Considerations

The appellant's liberty is at stake. Under section 7 of the *Charter*, he can only be deprived of that liberty in accordance with the principles of fundamental justice. The question is whether the manner in which the police obtained a statement from him violates that right. The answer to this question lies in an exploration of the underlying legal principles of our system of justice relevant to a detained person's right to silence. As Lamer J. stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503:

... the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system.

How do we discover the "basic tenets of our legal system" in a case such as this? Initially, it must be by reference to the legal rules relating to the right which our legal system has adopted. As D. J. Galligan points out in "The Right to Silence Reconsidered" (1988), 41 *C.L.P.* 69, at pp. 76-77: "The right ... is general and abstract, concealing a bundle of more specific legal relationships. It is only by an analysis of the surrounding legal rules

artifices pour obtenir une confession après que le suspect a choisi de ne pas faire de déclaration viole la *Charte*.

<sup>a</sup> Les parties ont également convenu que l'al. 10b) de la *Charte* crée un droit à l'assistance d'un avocat. Encore une fois, le désaccord porte sur l'étendue de ce droit. Est-il restreint à l'al. 10b)? Ou existe-t-il un droit plus large à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 7?

À mon sens, les questions du droit d'une personne détenue de garder le silence et du droit à l'assistance d'un avocat sont intimement liées. <sup>c</sup> Ayant à l'esprit la garantie du droit à l'assistance d'un avocat prévue par la *Charte* et les autres dispositions de la *Charte*, j'estime que la question est de savoir s'il y a eu violation du droit de l'accusé de garder le silence.

#### <sup>d</sup> L'analyse

#### *I. Les droits que la Charte reconnaît à l'appellant ont-ils été violés?*

##### <sup>e</sup> a) Considérations générales

La liberté de l'appellant est en jeu. En vertu de l'art. 7 de la *Charte*, il ne peut être privé de cette liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. La question est de savoir si la manière dont les policiers ont obtenu sa déclaration viole ce droit. Pour y répondre, il faut examiner les principes juridiques qui sous-tendent notre système de justice et qui s'appliquent au droit <sup>f</sup> d'une personne détenue de garder le silence. Comme le juge Lamer l'a affirmé dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503:

<sup>h</sup> ... les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique.

Comment découvrir les «préceptes fondamentaux de notre système juridique» dans un cas comme celui-ci? Il faut d'abord se rapporter aux règles juridiques qui régissent ce droit et que notre système juridique a adoptées. Comme D. J. Galligan le souligne dans son article «The Right to Silence Reconsidered» (1988), 41 *C.L.P.* 69, aux pp. 76 et 77: [TRADUCTION] «Le droit [...] est général et abstrait, englobant une série de rapports

that those more precise elements of the right can be identified.” Thus rules such as the common law confessions rule, the privilege against self-incrimination and the right to counsel may assist in determining the scope of a detained person’s right to silence under s. 7.

At the same time, existing common law rules may not be conclusive. It would be wrong to assume that the fundamental rights guaranteed by the *Charter* are cast forever in the straight-jacket of the law as it stood in 1982. The reference in s. 7 of the *Charter* is broadly to “principles of fundamental justice”, not to this rule or that. Thus Le Dain J. wrote in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 638:

In my opinion the premise that the framers of the *Charter* must be presumed to have intended that the words used by it should be given the meaning which had been given to them by judicial decisions at the time the *Charter* was enacted is not a reliable guide to its interpretation and application. By its very nature a constitutional charter of rights and freedoms must use general language which is capable of development and adaptation by the courts.

For this reason, a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Charter* may be broader and more general than the particular rules which exemplify it.

A second reason why a fundamental principle of justice under s. 7 may be broader in scope than a particular legal rule, such as the confessions rule, is that it must be capable of embracing more than one rule and reconciling diverse but related principles. Thus the right of a detained person to silence should be philosophically compatible with related rights, such as the right against self-incrimination at trial and the right to counsel.

The final reason why a principle of fundamental justice under s. 7 may be broader than a particular rule exemplifying it lies in considerations relating to the philosophy of the *Charter* and the purpose of the fundamental right in question in that con-

juridiques plus précis. Ce n’est qu’en examinant les règles juridiques connexes que ces éléments plus précis du droit peuvent être identifiés.» Ainsi, des règles comme la règle des confessions en common law, le privilège de ne pas s’incriminer et le droit à l’assistance d’un avocat peuvent être utiles pour déterminer la portée du droit d’une personne détenue de garder le silence en vertu de l’art. 7.

En même temps, il se peut que les règles actuelles de common law ne soient pas concluantes. Il serait faux de croire que les droits fondamentaux garantis par la *Charte* sont figés à tout jamais par le droit tel qu’il existait en 1982. L’article 7 de la *Charte* mentionne de façon générale les «principes de justice fondamentale» et non une règle précise. C’est ainsi que le juge Le Dain écrit dans l’arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 638:

Selon moi, la prémisse portant qu’il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ses termes reçoivent le sens que leur donnait la jurisprudence à l’époque de son adoption n’est pas un guide fiable quant à la façon de l’interpréter et de l’appliquer. De par sa nature même une charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d’évolution et d’adaptation par les tribunaux.

Pour cette raison, un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte* peut être de portée plus large et plus générale que les règles particulières qui constituent un exemple de son application.

Une deuxième raison pour laquelle un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 peut être de portée plus large qu’une règle juridique particulière, comme la règle des confessions, est qu’il doit pouvoir englober plus d’une règle et harmoniser des principes variés mais connexes. Donc le droit d’une personne détenue de garder le silence devrait philosophiquement être compatible avec des droits connexes, comme le droit de ne pas s’incriminer au procès et le droit à l’assistance d’un avocat.

La dernière raison pour laquelle un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 peut être de portée plus large qu’une règle particulière qui constitue un exemple de son application relève de considérations qui se rapportent à la philosophie de

text. The *Charter* has fundamentally changed our legal landscape. A legal rule relevant to a fundamental right may be too narrow to be reconciled with the philosophy and approach of the *Charter* and the purpose of the *Charter* guarantee.

These considerations suggest that the task of defining the scope of the right of a detained person to silence under s. 7 of the *Charter* must focus initially on the related rules which our legal system has developed—in this case the confessions rule and the privilege against self-incrimination. However, that is not the end of the inquiry. The scope of a fundamental principle of justice will also depend on the general philosophy and purpose of the *Charter*, the purpose of the right in question, and the need to reconcile that right with others guaranteed by the *Charter*.

(b) The Scope of the Pre-Trial Right to Silence Suggested by Related Rules

A detained person's right to silence under s. 7 of the *Charter* is general and abstract, subsuming a bundle of more specific legal relationships. The first step in defining the ambit of the right to silence is to consider these specific relationships and the rules which arise from them, with a view to identifying a common substratum of principle.

The right to silence conferred by s. 7 of the *Charter* is rooted in two common law concepts. The first is the confessions rule, which makes a confession which the authorities improperly obtain from a detained person inadmissible in evidence. The second is the privilege against self-incrimination which precludes a person from being required to testify against himself at trial. While the exact scope of the confessions rule has been the subject of debate over the past century, a common theme can be said to unite these two quite separate rules—the idea that a person in the power of the state in the course of the criminal process has the right to choose whether to speak to the police or remain silent.

la *Charte* et à l'objet du droit fondamental en question dans ce contexte. La *Charte* a changé fondamentalement notre environnement juridique. Une règle juridique applicable à un droit fondamental peut être trop restreinte pour être harmonisée avec la philosophie et l'esprit de la *Charte* ainsi qu'avec l'objet de la garantie prévue par la *Charte*.

Ces considérations laissent entendre que pour définir la portée du droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, il faut d'abord se pencher sur les règles connexes que notre système juridique a conçues—en l'espèce, la règle des confessions et le privilège de ne pas s'incriminer. L'analyse ne s'arrête cependant pas là. La portée d'un principe de justice fondamentale dépendra également de la philosophie et de l'objet généraux de la *Charte*, de l'objet du droit en question et de la nécessité d'harmoniser ce droit avec d'autres droits garantis par la *Charte*.

b) La portée du droit de garder le silence avant le procès eu égard aux règles connexes

Le droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte* est général et abstrait, englobant une série de rapports juridiques plus précis. Pour déterminer la portée du droit de garder le silence, il faut d'abord examiner ces rapports précis et les règles qui s'en dégagent en vue d'identifier un élément de principe commun.

Le droit de garder le silence reconnu par l'art. 7 de la *Charte* tire son origine de deux concepts de common law. Le premier est la règle des confessions qui rend inadmissible en preuve une confession que les autorités ont obtenue de façon irrégulière d'une personne détenue. Le deuxième est le privilège de ne pas s'incriminer qui empêche une personne d'être tenue de témoigner contre elle-même au procès. Bien que la portée exacte de la règle des confessions ait fait l'objet de débats au cours du dernier siècle, on peut dire qu'un élément commun unit ces deux règles très distinctes—l'idée qu'une personne assujettie au pouvoir de l'État en matière criminelle a le droit de décider de parler aux policiers ou de garder le silence.