

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Peter Richard Grant** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GRANT

File No.: 21825.

1991: June 10; 1991: October 17.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND  
SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused refusing to submit to A.L.E.R.T. test — Whether s. 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(2), (5).*

*Criminal law — Demand for breath sample — Accused refusing to submit to A.L.E.R.T. test — Criminal Code provision authorizing demand that a breath sample be provided “forthwith” — Whether demand made fell within ambit of provision — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(2), (5).*

*Criminal law — Issue estoppel — Crown’s appeal challenging only first of two acquittals — Second acquittal constituting finding of fact that accused not driving motor vehicle when spotted by police — Crown estopped from challenging first acquittal.*

A police officer observed a person he believed to be the accused driving a motor vehicle and pursued him, believing him to be driving while disqualified. The officer caught up with the accused, who was standing on the sidewalk some distance from his vehicle, and asked him to enter the police car for questioning. During the conversation in the police car the officer smelt alcohol on the accused’s breath and made a demand that he submit to an A.L.E.R.T. test under s. 238(2) of the *Criminal Code*. When the necessary apparatus was delivered 30 minutes later, the accused refused to take the test and was charged with failing or refusing to comply with the demand contrary to s. 238(5) of the *Code* and with operating a motor vehicle while disqualified, contrary to

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Peter Richard Grant** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. GRANT

N° du greffe: 21825.

<sup>b</sup>

1991: 10 juin; 1991: 17 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci.

<sup>c</sup>EN APPEL DE LA SECTION D’APPEL DE LA COUR  
SUPRÊME DE L’ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’assistance d’un avocat — Refus de l’accusé de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. — Y a-t-il eu violation de l’art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 238(2), (5).*

*Droit criminel — Demande d’échantillon d’haleine — Refus de l’accusé de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. — Disposition du Code criminel autorisant de donner l’ordre de fournir «immédiatement» un échantillon d’haleine — L’ordre donné s’inscrit-il dans le contexte de cette disposition? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 238(2), (5).*

*Droit criminel — La chose jugée comme fin de non-recevoir — Le pourvoi du ministère public ne porte que sur le premier des deux acquittements — Le second acquittement équivaut à une conclusion de fait que l’accusé ne conduisait pas le véhicule automobile au moment où il a été remarqué par la police — Le ministère public ne peut contester le premier acquittement.*

Un agent de police a remarqué une personne, qu’il croyait être l’accusé, conduisant un véhicule à moteur et il l’a poursuivi, croyant qu’il conduisait pendant qu’il lui était interdit de le faire. L’agent a rattrapé l’accusé qui se tenait alors sur le trottoir à une certaine distance de son véhicule et lui a demandé de monter dans la voiture de police pour interrogatoire. Pendant la conversation qui a suivi, l’agent a décelé une odeur d’alcool exhalée par l’accusé et il lui a ordonné de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. en vertu du par. 238(2) du *Code criminel*. Lorsque l’appareil a été livré 30 minutes plus tard, l’accusé a refusé de se soumettre à l’alcootest et il a été porté contre lui une accusation pour défaut ou refus d’obtempérer à un ordre en contravention du par. 238(5)

s. 242(4)(b). At no point during the time the accused was with the police officer was he informed of his right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

At trial the accused sought to have statements he had made to the police officer, including his refusal to comply with the demand for a breath sample, excluded under s. 24(2) of the *Charter* on the basis that his s. 10(b) rights had been infringed. The trial judge excluded the evidence and acquitted the accused on the s. 238(5) charge for lack of evidence. He also acquitted him on the charge of driving while disqualified on the basis that the Crown's remaining evidence of identification was equivocal and left him with a reasonable doubt as to whether the officer had positively identified the accused as the operator of the vehicle. The Crown appealed the acquittal on the first charge. The summary conviction appeal court found that s. 238(2) of the *Code* implied a reasonable limit on the right to counsel. It set aside the acquittal and ordered a new trial. The Court of Appeal allowed the accused's appeal and restored the acquittal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The actions of the police officer fell outside the ambit of s. 238(2), since the demand made was not a demand that the accused provide a sample of his breath "forthwith", or immediately, but a demand that he provide a breath sample when the required apparatus arrived, which turned out to be half an hour later. The accused was therefore under no obligation to comply with the officer's demand, and did not commit an offence under s. 238(5) when he failed to do so. The issue of the exclusion of evidence of his failure to comply with the demand which was made thus does not arise.

The accused's right to counsel was indeed infringed in this case. His detention in the police car, both initially when the officer believed he had been driving while disqualified and later when the officer formed the suspicion he had been driving under the influence of alcohol, constitutes "detention" within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. Since the police action fell outside s. 238(2), the provision is not available to authorize the absence of a s. 10(b) warning upon detention, and hence it cannot constitute a limitation on the s. 10(b) right to counsel

du *Code* ainsi qu'une accusation de conduite d'un véhicule à moteur durant l'interdiction en violation de l'al. 242(4)(b). Durant le temps que l'accusé a passé en compagnie du policier, celui-ci ne l'a jamais informé qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Au procès, l'accusé a demandé, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, que soient exclues de la preuve les déclarations qu'il avait faites au policier, y compris son refus ou son défaut de fournir un échantillon d'haleine, en raison de la violation de ses droits reconnus par l'al. 10(b). Le juge du procès a écarté les éléments de preuve et a rendu un verdict d'acquiescement relativement à l'accusation portée en vertu du par. 238(5) en raison de l'absence de preuve. Il a aussi rendu un verdict d'acquiescement relativement à l'accusation de conduite durant l'interdiction au motif que ce qui restait au ministère public comme preuve de l'identification était équivoque et qu'il avait un doute raisonnable quant à savoir si l'agent avait positivement identifié l'accusé comme le conducteur du véhicule. Le ministère public a interjeté appel contre l'acquiescement relatif à la première accusation. La cour d'appel des poursuites sommaires a conclu que le par. 238(2) du *Code* imposait implicitement une restriction raisonnable au droit à l'assistance d'un avocat. Elle a donc annulé l'acquiescement et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé et rétabli l'acquiescement.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Les gestes du policier ne se situent pas dans le contexte du par. 238(2) puisque l'ordre donné n'était pas que l'accusé fournisse «immédiatement» un échantillon d'haleine, mais un ordre de fournir un échantillon d'haleine lorsqu'il aurait reçu le dispositif en question, en l'occurrence une demi-heure plus tard. Il s'ensuit que l'accusé n'était pas tenu d'obtempérer à l'ordre du policier et qu'il n'a pas commis l'infraction prévue au par. 238(5) en ne le faisant pas. La question de l'exclusion de la preuve de son défaut d'obtempérer à cet ordre ne se pose pas.

Il y a bien eu en l'espèce violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat. Sa détention dans la voiture de police, tant la détention initiale fondée sur le soupçon de conduite durant l'interdiction que la détention subséquente fondée sur le soupçon de conduite avec facultés affaiblies, constitue une «détention» au sens de l'al. 10(b) de la *Charte*. Puisque les gestes du policier ne se situent pas dans le contexte du par. 238(2), la disposition ne permet pas de ne pas informer la personne détenue de ses droits en vertu de l'al. 10(b) et elle ne peut

“prescribed by law” which would be capable of justification under s. 1 of the *Charter*.

The Crown, having failed to appeal the s. 242(4) acquittal, is in any event estopped from challenging the s. 238(5) acquittal. A conviction under s. 238(5) would require an anterior finding of fact that the accused was driving the vehicle in question at the time it was first spotted by the police officer, yet the acquittal on the s. 242(4) charge of operating a vehicle while disqualified amounts to a finding of fact on this very issue in favour of the accused. To allow the appeal on the s. 238(5) charge while leaving the acquittal on the s. 242(4) charge undisturbed would result in an impermissible co-existence of inconsistent verdicts in respect of charges arising out of the same transaction.

donc constituer une restriction du droit à l'assistance d'un avocat prévue par «une règle de droit» qui pourrait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le ministère public, ayant omis d'interjeter appel contre l'acquittal relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4), ne peut pas contester l'acquittal relatif à l'accusation portée en vertu du par. 238(5). Une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 238(5) exigerait d'abord une conclusion de fait que l'accusé conduisait le véhicule en question au moment où il a été initialement remarqué par le policier. Toutefois, l'acquittal relatif à l'accusation de conduite d'un véhicule durant l'interdiction portée en vertu du par. 242(4) équivaut à une conclusion de fait favorable à l'accusé sur cette question précise. Si l'on accueillait le pourvoi relativement à l'accusation portée en vertu du par. 238(5) tout en maintenant l'acquittal relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4), il y aurait coexistence inadmissible de deux verdicts incompatibles relativement à des accusations découlant d'un même acte.

### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; **referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810; *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213.

### Jurisprudence

**Arrêt examiné:** *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; **arrêts mentionnés:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810; *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 10(b), 24(1), (2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 238(2) [en. 1985, c. 19, s. 36] (formerly s. 234.1(1)), (5) [*idem*], 242(4)(b) [*idem*].  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 254(2), (5), 259(4)(b).

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 10b), 24(1), (2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(2), (5), 259(4)b).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 238(2) [aj. 1985, ch. 19, art. 36] (auparavant art. 234.1(1)), (5) [*idem*], 242(4)b) [*idem*].

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 36, 249 A.P.R. 36, 53 C.C.C. (3d) 46, 73 C.R. (3d) 233, 45 C.R.R. 175, 19 M.V.R. (2d) 186, reversing the judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Trial Division (1989), 79 Nfld. & P.E.I.R. 158, 246 A.P.R. 158, 48 C.C.C. (3d) 573, 15 M.V.R. (2d) 343 allowing the Crown's

POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 36, 249 A.P.R. 36, 53 C.C.C. (3d) 46, 73 C.R. (3d) 233, 45 C.R.R. 175, 19 M.V.R. (2d) 186, qui a infirmé le jugement de la Section de première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1989), 79 Nfld. & P.E.I.R. 158, 246 A.P.R. 158, 48 C.C.C. (3d) 573, 15 M.V.R. (2d) 343 qui avait accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittal de l'accusé relativement à une accusa-

appeal from the accused's acquittal on a charge of refusing an A.L.E.R.T. demand. Appeal dismissed.

*Darrell E. Coombs*, for the appellant.

*John L. MacDougall, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER C.J.—

### The Facts

On December 4, 1987, an R.C.M.P. officer observed a person whom he believed to be the respondent (Mr. Grant) driving a motor vehicle in the city of Charlottetown and pursued him, believing him to be driving while disqualified. The officer followed the car, and caught up with Mr. Grant, who was apparently, at that time, standing on the sidewalk approximately 300 feet from his vehicle. The officer then asked Mr. Grant to enter the police car for questioning. During the conversation in the police car, the officer smelt alcohol on Mr. Grant's breath, which caused him to suspect that he had been operating a motor vehicle with alcohol in his body. The officer thereupon decided to make a demand under s. 238(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 254(2)), that Mr. Grant submit to an A.L.E.R.T. test. However, the officer did not have the necessary apparatus with him at the time so he had another officer deliver it to him. The apparatus did not arrive for another 30 minutes, during which time Mr. Grant remained in the police car.

Mr. Grant did not take the test and the officer charged him with failing or refusing to comply with his demand contrary to s. 238(5) of the *Code* (now s. 254(5)). Mr. Grant was also charged with operating a motor vehicle while disqualified contrary to s. 242(4)(b) (now s. 259(4)(b)) of the *Code*. At no point during the 30 minutes during which Mr. Grant was in the company of the police officer was he informed of his right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

tion de refus de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. Pourvoi rejeté.

*Darrell E. Coombs*, pour l'appelante.

*John L. MacDougall, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—

### Les faits

Le 4 décembre 1987, un agent de la G.R.C. a remarqué une personne, qu'il croyait être l'intimé (M. Grant), conduisant un véhicule à moteur dans la ville de Charlottetown. L'agent l'a poursuivi, croyant qu'il conduisait pendant qu'il lui était interdit de le faire. L'agent a suivi la voiture et a rattrapé M. Grant qui, apparemment, se tenait alors sur le trottoir à environ 300 pieds de son véhicule. L'agent a ensuite demandé à M. Grant de monter dans la voiture de police pour interrogatoire. Pendant la conversation qui a suivi, l'agent a décelé une odeur d'alcool exhalée par M. Grant, ce qui l'a amené à soupçonner qu'il avait conduit un véhicule automobile alors qu'il avait consommé de l'alcool. L'agent a donc décidé d'ordonner à M. Grant de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. en vertu du par. 238(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 254(2)). Toutefois, l'agent n'avait pas l'appareil nécessaire avec lui et il a demandé à un autre agent de lui en apporter un. Il n'a reçu l'appareil que 30 minutes plus tard et, pendant ce temps, M. Grant est demeuré dans la voiture de police.

M. Grant ne s'est pas soumis à l'alcootest et l'agent a porté contre lui une accusation pour défaut ou refus d'obtempérer à un ordre en contravention du par. 238(5) du *Code* (maintenant le par. 254(5)). M. Grant a aussi été accusé de conduite d'un véhicule à moteur durant l'interdiction en violation de l'al. 242(4)b) (maintenant l'al. 259(4)b)) du *Code*. Durant les 30 minutes que M. Grant a passé en compagnie du policier, celui-ci ne l'a jamais informé de son droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

At trial in the Prince Edward Island Provincial Court, counsel for Mr. Grant moved, under s. 24(2) of the *Charter*, for the exclusion of evidence of statements made by Mr. Grant to the police officer, including his refusal or failure to comply with the demand to provide a breath sample, on the basis that Mr. Grant's s. 10(b) rights had been infringed. Thompson C. Prov. Ct. J. found that there had been an infringement of s. 10(b) and excluded the evidence relating to the statements made by Mr. Grant, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. He then entered an acquittal on the charge of refusing to comply with a request for a breath sample for lack of evidence. Thompson C. Prov. Ct. J. also entered an acquittal on the charge of driving while disqualified on the basis that, after the exclusion of evidence of statements made by Mr. Grant during the 30 minutes he had spent with the police officer, the Crown's remaining evidence of identification was equivocal, and left him with a reasonable doubt as to whether, when the officer first came in contact with the accused, the officer had positively identified Mr. Grant as the operator of the vehicle.

The Crown appealed the acquittal on the count of refusing to comply with a request to provide a breath sample and the related *Charter* ruling to the Prince Edward Island Supreme Court, Trial Division (sitting as a summary conviction appeal court). Interestingly, it appears that the Crown did not challenge the acquittal on the second charge of driving while disqualified.

Relying on *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, Matheson J. found that s. 238(2) implied a reasonable limit, under s. 1 of the *Charter*, on the right to counsel guaranteed by s. 10(b). She therefore set aside the acquittal on the s. 238 charge and ordered a new trial. The accused appealed this ruling to the Prince Edward Island Court of Appeal.

The Prince Edward Island Court of Appeal unanimously held (*per* Mitchell J.A.) that, because of legislative amendments made to the provision considered in *Thomsen*, *supra*, a demand made under

Au procès devant la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, l'avocat de M. Grant a demandé, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, que soient exclues de la preuve les déclarations faites par M. Grant au policier, y compris son refus ou son défaut de fournir un échantillon d'haleine, en raison de la violation des droits reconnus à M. Grant par l'al. 10b). Le juge en chef Thompson a conclu qu'il y avait eu contravention de l'al. 10b) et il a écarté, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve concernant les déclarations faites par M. Grant. En raison de l'absence de preuve, il a alors rendu un verdict d'acquittement relativement à l'accusation de refus de fournir un échantillon d'haleine. Le juge en chef Thompson a aussi rendu un verdict d'acquittement relativement à l'accusation de conduite durant l'interdiction au motif que, après exclusion de la preuve des déclarations faites par M. Grant pendant les 30 minutes passées en compagnie du policier, la preuve du ministère public relative à l'identification était équivoque et qu'il avait un doute raisonnable quant à savoir si l'agent avait positivement identifié M. Grant comme le conducteur du véhicule au moment de la rencontre initiale avec l'accusé.

Le ministère public a interjeté appel de l'acquittement relatif à l'accusation de refus de fournir un échantillon d'haleine et de la décision connexe fondée sur la *Charte* devant la Section de première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (siégeant comme cour d'appel des poursuites sommaires). Il est intéressant de noter que le ministère public n'a pas contesté l'acquittement relatif à la seconde accusation de conduite durant l'interdiction.

Se fondant sur l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, le juge Matheson a conclu que le par. 238(2) imposait implicitement une restriction raisonnable, au sens de l'article premier de la *Charte*, au droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b). Elle a donc annulé l'acquittement relatif à l'accusation en vertu de l'art. 238 et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. L'accusé a fait appel de ce jugement devant la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard.

La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a statué à l'unanimité (le juge Mitchell au nom de la cour) que, en raison des modifications législatives apportées à la disposition analysée dans l'arrêt *Thomsen*,

s. 238(2) did not qualify as a limitation to the s. 10(b) right that was capable of justification under s. 1 of the *Charter*. Finding, therefore, that the Provincial Court Judge had not erred in excluding the evidence relating to the refusal, the court set aside the order for a new trial and restored the acquittal.

On June 7, 1990, this Court granted the Crown's application for leave to appeal the judgment of the Prince Edward Island Court of Appeal.

### Relevant Statutory Provisions

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34

238. ...

(2) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is operating a motor vehicle or vessel or operating or assisting in the operation of an aircraft or who has the care or control of a motor vehicle, vessel or aircraft, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

(5) Every one commits an offence who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under this section.

Section 234.1(1), the predecessor to s. 238(2), was the provision considered in *Thomsen*, *supra*:

**234.1** (1) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is driving a motor vehicle or who has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved road-side screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

précité, un ordre donné en vertu du par. 238(2) ne constituait pas une restriction au droit prévu à l'al. 10b), dont la justification puisse se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*. Concluant que la Cour provinciale n'avait pas commis d'erreur lorsqu'elle a exclu les éléments de preuve concernant le refus, la cour a annulé l'ordonnance de nouveau procès et rétabli l'acquittement.

Le 7 juin 1990, notre Cour a accordé l'autorisation d'appel contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard.

### Les dispositions législatives pertinentes

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34

238. ...

(2) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le corps de la personne qui conduit un véhicule à moteur, un bateau ou un aéronef, ou aide à conduire un aéronef, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule, d'un bateau ou d'un aéronef, que ceux-ci soient en mouvement ou non, peut lui ordonner de lui fournir, immédiatement, l'échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour l'analyser à l'aide d'un appareil de détection approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(5) Commet une infraction quiconque, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refuse d'obtempérer à un ordre que lui donne un agent de la paix en vertu du présent article.

Le paragraphe 234.1(1), la disposition qui a précédé le par. 238(2), est la disposition analysée dans l'arrêt *Thomsen*, précité:

**234.1** (1) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcooltest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

Judgments Below*Provincial Court of Prince Edward Island*

Following a *voir dire* to determine the voluntariness of the statement and consider the arguments for exclusion under s. 24(2) of the *Charter*, Thompson C. Prov. Ct. J. concluded:

An interesting point in the *Thomsen* decision is that Mr. Justice LeDain referred to the fact that roadside tests into what was referred to in Section 234.1 as an approved roadside screening device must be conducted at roadside and on that basis the legislation certainly by implication required that the individual be dealt forthwith at the roadside and that the matter of counsel was a Charter right that should be overruled by the Alert legislation, but what must be considered in this case is the fact that this charge was contrary to Section 238(2) of the Criminal Code. Section 238(2) of the Criminal Code deleted the reference to roadside and the approved screening device and I (unclear) as recently as three days ago, I think, that that reference to roadside having been deleted, the accused therefore may be removed to a detachment in order to permit preliminary breath sampling to take place pursuant to Section 238(2) of the Criminal Code. . . .

On the basis of all of that, I am of the view here that the accused's *Charter* right was breached. He was detained. He was asked to enter the police cruiser and I think clearly that the detention envisioned by the Supreme Court of Canada in the *Therens* case . . . occurred in this particular situation.

The trial judge went on to exclude the statement according to the test in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, because it constituted evidence emanating from the accused.

*Prince Edward Island Supreme Court, Trial Division* ((1989), 79 Nfld. & P.E.I.R. 158)

After comparing the section in issue in *Thomsen*, *supra*, with the section in issue in the case at bar, Matheson J. concluded (at p. 161):

. . . the only difference is [the] addition of the words ". . . vessel or operating or assisting in the operation of

Les tribunaux d'instance inférieure*La Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

Après la tenue d'un *voir-dire* visant à déterminer le caractère volontaire de la déclaration et à analyser les arguments visant à l'exclure en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le juge en chef Thompson a conclu:

[TRADUCTION] Un point intéressant dans l'arrêt *Thomsen* est que le juge LeDain mentionne que les alcootests qualifiés à l'article 234.1 d'alcootests approuvés doivent être pratiqués sur le bord de la route et, pour ce motif, il ne fait pas de doute que la disposition législative exige implicitement que l'alcootest soit pratiqué sur-le-champ au bord de la route et que la question de l'assistance d'un avocat est un droit garanti par la Charte qui devrait être écarté par la disposition législative concernant l'alcootest; toutefois, ce qui doit être examiné en l'espèce est le fait que l'accusation a été portée en vertu du paragraphe 238(2) du Code criminel. Le terme «roadside» a été éliminé dans l'expression «approved screening device» de la version anglaise du paragraphe 238(2) du Code criminel et (inaudible) il y a tout juste trois jours, je crois, que puisqu'il y a eu suppression de l'expression «roadside», l'accusé peut donc être amené à un poste de police pour un prélèvement d'échantillon d'haleine préliminaire, conformément au paragraphe 238(2) du Code criminel. . . .

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'en l'espèce il y a eu violation du droit garanti à l'accusé par la *Charte*. Il a été détenu. On lui a demandé de monter dans la voiture de police et je crois réellement qu'il y a eu détention au sens envisagé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Therens* [. . .] dans ce cas particulier.

Le juge du procès a alors exclu la déclaration conformément au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, parce qu'elle constituait une preuve émanant de l'accusé.

*La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section de première instance* ((1989), 79 Nfld. & P.E.I.R. 158)

Après avoir comparé l'article contesté dans l'arrêt *Thomsen*, précité, et la disposition en cause en l'espèce, le juge Matheson conclut (à la p. 161):

[TRADUCTION] . . . la seule différence entre les deux articles est l'adjonction des termes «. . . un bateau ou un

an aircraft . . . vessel or aircraft” and the deletion of the word “roadside”.

The effect of these changes is to make s. 234.1(1) applicable to aircraft and vessels. Hence the necessity to drop the word “roadside” when referring to “an approved screening device”. However, this in no way limits the use of the A.L.E.R.T. instrument for roadside use.

The purpose of the section is to authorize the use of an approved screening device to obtain a breath sample which must be given “forthwith”. In the case of automobile drivers, this normally would be at roadside, as quickly as possible. The Supreme Court of Canada has held in *Thomsen*, supra, that in these circumstances a detained person does not have the right to retain counsel before complying with the demand. I do not see how dropping the word “roadside” from the section alters this position, in light of the accompanying changes in the wording of the section.

Matheson J. therefore allowed the Crown’s appeal and ordered a new trial.

*Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division* ((1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 36)

Mitchell J.A. (Carruthers C.J. P.E.I. and McMahon J.A. concurring) found that, with the deletion of the word “roadside” from the provision, there was no longer an implicit limit, prescribed by law, to s. 10(b). In his view, the Supreme Court of Canada in *Thomsen*, supra, relied on the word “roadside” along with the word “forthwith” to find an implicit limitation on the right to counsel prescribed by s. 234.1. However, the changes to the legislation were significant (at p. 40):

Absent the word “roadside” and given the expansion of time for taking breathalyzer tests, it is not easy to find an implicit limit in the case of a demand under s. 254(2) [formerly s. 238(2)].

The Court of Appeal rejected the reasoning of Matheson J. that the word was dropped simply

aéronef, ou aide à conduire un aéronef . . . d’un bateau ou d’un aéronef» et la suppression (dans la version anglaise) du terme «roadside».

Ces modifications ont pour effet de rendre le par. 234.1(1) applicable aux aéronefs et aux bateaux. C’est pourquoi il a fallu supprimer le terme «roadside» dans l’expression «an approved screening device». Toutefois, ceci ne limite pas l’utilisation de l’alcooltest A.L.E.R.T. conçu pour être pratiqué sur le bord de la route.

Cet article vise à autoriser l’utilisation d’un appareil de détection approuvé pour le prélèvement d’un échantillon d’haleine qui doit être effectué «immédiatement». Dans le cas du conducteur d’une automobile, ce prélèvement est habituellement effectué sur le bord de la route, aussi rapidement que possible. La Cour suprême du Canada a statué dans l’arrêt *Thomsen*, précité, que dans ces circonstances une personne détenue n’a pas droit à l’assistance d’un avocat avant d’obtempérer à l’ordre. Je ne comprends pas comment la suppression du terme «roadside» dans l’article change cette situation, compte tenu des autres modifications du libellé de l’article.

Le juge Matheson a donc accueilli l’appel interjeté par le ministère public et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

*Section d’appel de la Cour suprême de l’Île-du-Prince-Édouard* ((1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 36)

Le juge Mitchell (le juge en chef Carruthers et le juge McMahon ont souscrit à ses motifs) a statué que, vu la suppression du terme «roadside» dans la disposition, il n’existait plus de restriction implicite, prévue par une règle de droit, à l’al. 10b). À son avis, la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Thomsen*, précité, s’était fondée sur l’emploi du terme «roadside» et de l’expression «sur-le-champ» dans la disposition pour conclure que l’art. 234.1 imposait une restriction implicite au droit à l’assistance d’un avocat. Toutefois, les modifications apportées aux dispositions législatives ont été importantes (à la p. 40):

[TRADUCTION] En l’absence du terme «roadside» et vu le prolongement du délai imparti pour l’éthylométrie, il n’est pas facile de conclure à l’existence d’une restriction implicite dans le cas d’un ordre donné en vertu du par. 254(2) [auparavant le par. 238(2)].

La Cour d’appel a rejeté le raisonnement du juge Matheson selon lequel le terme «roadside» avait



because aircraft and boats had been added to the legislation, as failing to appreciate the “full dimensions” of the word “roadside”. Parliament could have added a word to serve a similar function, but did not. The word “forthwith” was not sufficient to imply a limit prescribed by law since that term could mean “within a reasonable time” and not “immediately” (at pp. 40-41):

Absent the word “roadside” there is nothing more in s. 254(2) than in s. 254(3) to imply that the test is to be taken before the subject is given his s. 10 rights.

Even if there were a limit prescribed by law in s. 254(2), Mitchell J.A. pointed out that the limitation would have to pass the s. 1 test in order to be valid. In *Thomsen*, *supra*, the Supreme Court of Canada interpreted the word “roadside” not just as a description of the equipment, but also as setting out a requirement regarding when and where it should be used. In the Court of Appeal’s view, under s. 254(2), the police were no longer required to administer the test at roadside, but could take the person back to the station. Because the police powers provided for in s. 254(2) went beyond simple roadside screening tests and authorized the police to require an individual to accompany them to the police station, the section failed the proportionality component of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). Therefore, even if a limit on the right to counsel were implied, there could no longer be any acceptable justification for it (at p. 42):

The s. 1 material before the court in *Thomsen* established the important role of roadside breath testing in detecting and deterring impaired driving. As a result, the Supreme Court held that the importance of that role justified limitations on the right to counsel at “the roadside testing stage”. The powers which the police now have of demand and to require a subject to accompany them under s. 254(2) are much broader than necessary to accomplish the objective justified by the s. 1 material filed with the Supreme Court in *Thomsen* . . . . A suspension of civil liberties in the interests of detecting and

été supprimé simplement parce qu’on avait ajouté les aéronefs et les bateaux à la disposition en question, au motif que ce raisonnement ne saisissait pas [TRADUCTION] «toute la portée» du terme «roadside». Le Parlement aurait pu ajouter un terme à une fin similaire, mais il ne l’a pas fait. Le terme «sur-le-champ» ne suffisait pas pour établir une restriction implicite prévue par une règle de droit puisque cette expression pouvait signifier [TRADUCTION] «dans un délai raisonnable» et non [TRADUCTION] «immédiatement» (aux pp. 40 et 41):

[TRADUCTION] En l’absence du terme «roadside», il n’y a rien de plus au par. 254(2) qu’au par. 254(3) qui permette de conclure que l’alcootest doit être pratiqué avant que la personne soit informée de ses droits en vertu de l’art. 10.

Même si le par. 254(2) imposait une restriction, le juge Mitchell précise que cette restriction devrait satisfaire au critère énoncé à l’article premier pour être valide. Dans l’arrêt *Thomsen*, précité, la Cour suprême du Canada a statué que le terme «roadside» sert non seulement à décrire l’équipement, mais aussi à établir une exigence quant au moment et à l’endroit où devrait être pratiqué l’alcootest. De l’avis de la Cour d’appel, en vertu du par. 254(2), les policiers ne sont plus tenus de pratiquer l’alcootest sur le bord de la route; ils peuvent amener la personne au poste de police. Puisque les pouvoirs policiers prévus par le par. 254(2) vont au-delà de la simple pratique des alcootests et autorisent les policiers à ordonner à une personne de les accompagner au poste de police, la disposition en question ne satisfait pas au critère de la proportionnalité énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Par conséquent, même s’il y avait une restriction implicite du droit à l’assistance d’un avocat, elle n’avait plus de justification acceptable (à la p. 42):

[TRADUCTION] Les documents relatifs à l’article premier qui ont été présentés à la Cour dans l’arrêt *Thomsen* ont établi le rôle important que joue l’alcootest dans la découverte des conducteurs aux facultés affaiblies et comme moyen de dissuasion. La Cour suprême a donc statué que l’importance de ce rôle justifiait l’imposition de restrictions au droit à l’assistance d’un avocat «à l’étape de l’alcootest au bord de la route». Les pouvoirs qu’a maintenant le policier, en vertu du par. 254(2), d’ordonner à une personne de lui fournir un échantillon d’haleine ou de le suivre sont beaucoup plus étendus

detering impaired drivers is only necessary if the A.L.E.R.T. test has to be administered right away and on the spot. That is not the case under s. 254(2).

Therefore, Mitchell J.A. concluded that “a demand under s. 254(2) [did] not qualify as a valid limitation according to s. 1 of the **Charter** on the appellant’s s. 10(b) rights.” Therefore, he set aside the order for a new trial and restored the acquittal entered in the Provincial Court.

### Analysis

I note at the outset of this analysis that while this case has proceeded in the courts below and was appealed to this Court on the basis of whether this Court’s decision in *Thomsen, supra*, applies to s. 238(2) (the predecessor of which was amended by Parliament subsequent to the decision in *Thomsen*), I do not find it necessary to resolve this issue in order to dispose of this appeal. I am of the opinion that this appeal must be dismissed and the acquittal restored, and that this result is dictated on a number of alternative grounds.

#### (1) *Nature of the Demand Under s. 238(2)*

In *Thomsen*, this Court held that the predecessor to s. 238(2) (see former s. 234.1(1) set out above) implied a limitation of the right to counsel. This holding was based on the fact that the operational nature and purpose of an A.L.E.R.T. demand (as evidenced, in part, by the use of the terms “forthwith” and “roadside” in the section) meant that there was to be no opportunity for contact with counsel prior to compliance with a demand made under the section. This Court held further, in *Thomsen*, that the limitation of s. 10(b) rights implied by the *Code* provision constituted a reasonable limit prescribed by law in the meaning of s. 1 of the *Charter*. The section 1 analysis in *Thomsen* focused on the important role played by immediate, roadside breath testing in facilitating the

qu’il ne le faut pour atteindre l’objectif justifié par les documents relatifs à l’article premier qui ont été présentés à la Cour suprême dans l’arrêt *Thomsen* [ . . . ] Une suspension des libertés civiles dans l’intérêt de la découverte des conducteurs aux facultés affaiblies et comme moyen de dissuasion est nécessaire seulement dans le cas où l’alcooltest A.L.E.R.T. doit être pratiqué immédiatement et à l’endroit où est arrêtée la personne. Ce n’est pas ce que prévoit le par. 254(2).

Par conséquent, le juge Mitchell a conclu que [TRA-DUCTION] «un ordre donné en vertu du par. 254(2) ne peut être considéré comme une restriction valide, au sens de l’article premier de la **Charte**, des droits garantis à l’appelant en vertu de l’al. 10b.» Il a donc annulé l’ordonnance de nouveau procès et rétabli l’acquittal inscrit en Cour provinciale.

### Analyse

Bien que la question en litige devant les tribunaux d’instance inférieure et le pourvoi devant notre Cour aient porté sur la question de savoir si notre arrêt *Thomsen*, précité, s’applique au par. 238(2) (la disposition antérieure a été modifiée par le Parlement par suite de l’arrêt *Thomsen*), je tiens tout d’abord à indiquer que je n’estime pas nécessaire de trancher cette question pour disposer du présent pourvoi. Je suis d’avis que le présent pourvoi doit être rejeté et l’acquittal rétabli; cette décision s’impose pour divers motifs.

#### (1) *La nature de l’ordre donné en vertu du par. 238(2)*

Dans l’arrêt *Thomsen*, notre Cour a statué que la disposition qui a précédé le par. 238(2) (voir l’ancien par. 234.1(1) reproduit ci-dessus) sous-entendait une restriction du droit à l’assistance d’un avocat. Cette conclusion était fondée sur le fait que la nature et l’objet pratiques de l’alcooltest A.L.E.R.T. (comme l’indique en partie l’utilisation des termes «sur-le-champ» et «roadside» dans la disposition) ne permettaient pas à la personne de communiquer avec un avocat avant d’obtempérer à un ordre donné en vertu du paragraphe. Notre Cour a aussi statué dans *Thomsen* que la restriction implicite des droits reconnus à l’al. 10b) par la disposition du *Code* était une restriction raisonnable prévue par une règle de droit au sens de l’article premier de la *Charte*. Dans l’arrêt *Thom-*

detection of impaired drivers and on the fact that the limitation of s. 10(b) rights was authorized in limited circumstances and only during a short period of detention (as the breath sample was to be given "forthwith").

It was argued in the courts below that because the word "roadside" has been deleted from the provision and the terms "vessel" and "aircraft" have been added to the provision, the breath sample need no longer be taken immediately or "on the spot" and that, therefore, the *Charter* analysis in *Thomsen* does not extend to s. 238(2). On this basis, it was argued that s. 238(2) no longer implies a limitation on the right to counsel which is justified under s. 1 of the *Charter*. While I am inclined to agree with the reasoning of Matheson J. in the Supreme Court of Prince Edward Island that the key word in s. 238(2) is "forthwith" and that the reasons of this Court in *Thomsen* are therefore directly applicable to the amended provision, I am of the view that it is not necessary to engage in a *Charter* analysis of s. 238(2) in disposing of this case. Indeed, I do not believe it would be desirable to do so, as no constitutional question was stated which would have attracted the intervention of the Attorney General of Canada and the Attorneys General for the provinces on this issue.

The crucial point is that, unless the demand made by a police officer falls within the ambit of s. 238(2), the person to whom the demand is addressed is under no obligation to comply with the demand, and does not commit the offence under s. 238(5) if he refuses to do so. Nor is the provision available to authorize the absence of a s. 10(b) warning upon detention, and hence it cannot constitute a limitation on the s. 10(b) rights to counsel "prescribed by law" which would be capable of justification under s. 1. In other words, if the actions of the officer fell outside the purview of s. 238(2), those actions must be independently analyzed under s. 10(b) of the *Charter* without reference to the *Code* provision. The judgment of this Court in *Thom-*

*sen*, l'analyse en fonction de l'article premier a porté d'une part, sur le rôle important de l'alcootest administré immédiatement lorsqu'il s'agit de faciliter la découverte des conducteurs aux facultés affaiblies et d'autre part, sur le fait que la restriction des droits garantis par l'al. 10b) était autorisée dans des circonstances limitées et seulement pendant une courte période de détention (puisque l'échantillon d'haleine devait être fourni «sur-le-champ»).

Devant les tribunaux d'instance inférieure, on a allégué que, puisqu'on avait supprimé le terme «roadside» de la disposition et ajouté les termes «bateau» et «aéronef», l'échantillon n'a plus besoin d'être prélevé immédiatement ou «sur place» et que, par conséquent, l'analyse en vertu de la *Charte* dans l'arrêt *Thomsen* ne s'applique pas au par. 238(2). On a donc prétendu que le par. 238(2) ne comporte plus de restriction implicite du droit à l'assistance d'un avocat qui soit justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que je sois enclin à souscrire au raisonnement du juge Matheson de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard que «immédiatement» est le mot-clé du par. 238(2) et que les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Thomsen* sont donc directement applicables à la disposition modifiée, je suis d'avis qu'il est inutile d'analyser le par. 238(2) en fonction de la *Charte* pour trancher le présent litige. En fait, je ne crois pas qu'il serait souhaitable de le faire puisqu'on n'a pas formulé en l'espèce de question constitutionnelle qui aurait amené l'intervention du procureur général du Canada et des procureurs généraux des provinces.

Le point crucial en l'espèce est qu'à moins que l'ordre donné par un policier soit conforme au par. 238(2), la personne à qui il est donné n'est pas tenue d'y obtempérer et elle ne commet pas l'infraction prévue au par. 238(5) si elle refuse. En outre, la disposition ne permet pas non plus de ne pas informer la personne détenue de ses droits en vertu de l'al. 10b) et elle ne peut donc constituer une restriction des droits à l'assistance d'un avocat prévue par «une règle de droit» qui pourrait se justifier en vertu de l'article premier. En d'autres termes, si les gestes du policier ne se situent pas dans le contexte du par. 238(2), ces gestes doivent être analysés indépendamment en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* sans ren-

sen could only have application if the police action had fallen within s. 238(2).

In my opinion, the actions of the officer in this case fell outside of the ambit of s. 238(2). The demand made was not the demand authorized by s. 238(2), that Mr. Grant provide a sample of his breath "forthwith." Instead, the demand made was a demand that he provide a breath sample when the required apparatus arrived, which turned out to be half an hour later. It follows that Mr. Grant was under no obligation to comply with the police officer's demand, and did not commit the offence under s. 238(5) when he failed to do so. The context of s. 238(2) indicates no basis for departing from the ordinary, dictionary meaning of the word "forthwith" which suggests that the breath sample is to be provided immediately. Without delving into an analysis of the exact number of minutes which may pass before the demand for a breath sample falls outside of the term "forthwith", I would simply observe that where, as here, the demand is made by a police officer who is without an A.L.E.R.T. unit and the unit does not, in fact, arrive for a half hour, the provisions of s. 238(2) will not be satisfied.

It follows that, as Mr. Grant did not commit the offence of failure to comply with a valid s. 238(2) demand, the issue of the exclusion of evidence of his failure to comply with the demand which was actually made does not arise. Section 24(2) of the *Charter* consequently does not come into play, as evidence of Mr. Grant's failure to comply with a demand that fell outside s. 238(2) is irrelevant to a prosecution for the 238(5) offence. In my view, this ground by itself dictates that the acquittal be restored.

The question remains, indeed, as to whether the right to counsel was infringed in the case at bar by the actions of the police officer, as this will be crucial in any application for relief under s. 24(1) of the *Charter* in this type of situation. Mr. Grant was initially pursued, stopped and subsequently questioned in the police vehicle on the basis of the officer's belief that he had been driving while disqualified.

voilà la disposition du *Code*. L'arrêt *Thomsen* ne peut être applicable que dans le cas où l'action de la police s'inscrit dans le contexte du par. 238(2).

À mon avis, les gestes du policier en l'espèce ne se situent pas dans le contexte du par. 238(2). L'ordre donné n'était pas celui qui est autorisé par le par. 238(2), savoir que M. Grant fournisse «immédiatement» un échantillon d'haleine. Le policier lui a plutôt demandé de fournir un échantillon d'haleine lorsqu'il aurait reçu le dispositif en question, en l'occurrence une demi-heure plus tard. Il s'ensuit que M. Grant n'était pas tenu d'obtempérer à l'ordre du policier et qu'il n'a pas commis l'infraction prévue au par. 238(5) en ne le faisant pas. Rien dans le contexte du par. 238(2) ne permet d'attribuer au mot «immédiatement» un sens différent de celui que lui donne habituellement le dictionnaire, soit que l'échantillon d'haleine doit être fourni tout de suite. Sans analyser plus à fond le nombre exact de minutes qui peuvent s'écouler pour que l'on puisse considérer que l'échantillon d'haleine n'a pas été fourni «immédiatement», je ferais tout simplement observer que, dans le cas où, comme en l'espèce, le policier qui donne l'ordre n'a pas d'alcootest (A.L.E.R.T.) en sa possession et où le dispositif en question n'arrive qu'une demi-heure plus tard, l'ordre donné ne respecte pas les dispositions du par. 238(2).

Puisque M. Grant n'a pas commis l'infraction de défaut d'obtempérer à un ordre valide en vertu du par. 238(2), la question de l'exclusion de la preuve de son défaut d'obtempérer à cet ordre ne se pose pas. Par conséquent, le par. 24(2) de la *Charte* n'entre pas en ligne de compte, puisque la preuve que M. Grant a fait défaut d'obtempérer à un ordre non visé par le par. 238(2) n'est pas pertinente à l'égard d'une poursuite relativement à l'infraction prévue au par. 238(5). À mon avis, ce motif en soi justifie le rétablissement de l'acquiescement.

Il reste cependant à déterminer si le droit à l'assistance d'un avocat a été violé en l'espèce par les gestes du policier, puisqu'il s'agit là d'un point crucial dans toute demande de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* dans ce genre de situation. M. Grant a initialement été poursuivi puis arrêté et interrogé dans la voiture de police parce que le policier croyait que M. Grant conduisait pendant qu'il lui

Shortly thereafter, the officer formed the suspicion that Mr. Grant had been operating a motor vehicle with alcohol in his body and therefore did not release him, but rather had him wait for an A.L.E.R.T. unit to arrive. In my opinion, both the initial detention in the police car (based on the suspicion of driving while disqualified) and the subsequent detention in the police car (based on the suspicion of driving under the influence of alcohol) satisfy the test set out by this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *Thomsen*, *supra*, to establish a "detention" within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. This means that Mr. Grant had the constitutional right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right upon his initial detention. Here, the police officer did not inform Mr. Grant of his right to counsel at either stage of the detention. Mr. Grant was acquitted of the charge of driving while disqualified on other grounds, and therefore he has not challenged the lack of a s. 10(b) warning upon his initial detention. Nevertheless, this initial detention triggered Mr. Grant's s. 10(b) rights and the requirement for a *Charter* warning did not come to an end when the officer subsequently demanded a breath sample, ostensibly on the basis of s. 238(2). As I have concluded above, the subsequent period of detention in the police car while awaiting the arrival of the A.L.E.R.T. device was not authorized by s. 238(2).

It follows from all of this that, irrespective of the constitutional validity of s. 238(2) of the *Code*, Mr. Grant's s. 10(b) rights were infringed in the case at bar.

## (2) *Issue Estoppel*

At trial Thompson C. Prov. Ct. J. entered an acquittal on the s. 242(4) (now s. 259(4)) charge on the basis that the Crown's evidence left him with a reasonable doubt as to whether Mr. Grant had in fact been the driver of the car at the time of the incident. He entered an acquittal on the s. 238(5) charge on the basis that the Crown had tendered no admissible evi-

était interdit de le faire. Peu après, le policier a soupçonné la présence d'alcool dans l'organisme de M. Grant et ne l'a pas libéré, mais l'a fait attendre l'arrivée de l'alcootest. À mon avis, la détention initiale (fondée sur le soupçon de conduite durant l'interdiction) et la détention subséquente dans la voiture de police (fondée sur le soupçon de conduite avec facultés affaiblies) satisfont au critère énoncé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et dans l'arrêt *Thomsen*, précité, pour déterminer qu'il y a eu «détention» au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Cela signifie que M. Grant possédait en vertu de la Constitution le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit au moment de la détention initiale. En l'espèce, le policier n'a pas, à l'une ou l'autre des étapes de la détention, informé M. Grant qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat. M. Grant a été acquitté de l'accusation de conduite durant l'interdiction pour d'autres motifs et il n'a donc pas soulevé l'absence d'avertissement en vertu de l'al. 10b) lors de sa détention initiale. Néanmoins, cette détention initiale a déclenché l'application des droits reconnus à M. Grant en vertu de l'al. 10b); la nécessité d'un avertissement en vertu de la *Charte* n'a pas pris fin au moment où le policier a demandé un échantillon d'haleine, en apparence sur le fondement du par. 238(2). Comme je l'ai déjà précisé, le par. 238(2) n'autorisait pas la période subséquente de détention de M. Grant dans la voiture de police en attendant l'arrivée de l'alcootest.

Par conséquent, quelle que soit la validité constitutionnelle du par. 238(2) du *Code*, les droits garantis à M. Grant en vertu de l'al. 10b) ont été violés en l'espèce.

## (2) *La chose jugée comme fin de non-recevoir*

Au procès, le juge en chef Thompson a inscrit un acquittement relativement à l'accusation portée en vertu du par. 242(4) (maintenant le par. 259(4)) au motif que la preuve présentée par le ministère public laissait subsister chez lui un doute raisonnable quant à savoir si M. Grant était en fait le conducteur de la voiture au moment de l'incident. Il a aussi prononcé un acquittement relativement à l'accusation portée en vertu du par. 238(5) au motif que le ministère public

dence at all in respect of a necessary element of the offence.

In her judgment on the Crown's appeal against acquittal, Matheson J. stated the following grounds of appeal (at p. 159):

1. [Thompson C. Prov. Ct. J.] held that the respondent's right guaranteed by section 10(b) of the **Charter of Rights** had been violated;

2. he held that the appellant had failed to establish that such violation of the respondent's right was demonstrably justifiable in a free and democratic society;

3. he excluded the words of refusal because to receive them into evidence would result in the administration of justice being brought into disrepute; and

4. he dismissed the charge sworn to on the 5th day of January, 1988, alleging an offence contrary to section 238(5) and section 239(1) of the **Criminal Code of Canada**.

What is noteworthy about the Crown's appeal is that only the s. 238(5) acquittal was challenged. The natural implication of this is that the s. 242(4) acquittal remained unchallenged and was allowed to stand. The section 242(4) acquittal, however, was based upon the trial judge's reasonable doubt on the evidence that Mr. Grant was the driver of the vehicle when it was first spotted by the police officer.

In my view, it is obvious that a conviction under s. 238(5) would require an anterior finding of fact that the accused, and not some other person, was driving the vehicle in question at the time it was first spotted by the police officer. However, the acquittal on the s. 242(4) charge of operating a vehicle while disqualified amounts to a finding of fact on this very issue in favour of the accused. To allow the appeal on the s. 238(5) (failure to comply) charge while leaving the acquittal on the s. 242(4) (driving while disqualified) charge undisturbed would result in an impermissible co-existence of inconsistent verdicts in respect of charges arising out of the same transaction.

n'avait présenté aucune preuve admissible quant à un élément essentiel de l'infraction.

Dans son jugement relatif à l'appel contre l'acquiescement interjeté par le ministère public, le juge Matheson a mentionné les moyens d'appel suivants (à la p. 159):

[TRADUCTION] 1. [Le juge en chef Thompson] a jugé qu'il y avait eu violation du droit garanti à l'intimé par l'alinéa 10b) de la **Charte des droits**;

2. il a statué que l'appelante n'a pas réussi à établir que cette violation du droit de l'intimé peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique;

3. il a écarté la preuve des mots employés pour refuser parce que l'utilisation de cette preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice;

4. il a rejeté l'accusation portée le 5 janvier 1988 qui alléguait une infraction au par. 238(5) et au par. 239(1) du **Code criminel du Canada**.

Il est intéressant de noter que l'appel du ministère public ne portait que sur l'acquiescement relatif à l'accusation portée en vertu du par. 238(5). Il s'ensuit donc que l'acquiescement relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4) n'a pas été contesté et demeure. Toutefois, l'acquiescement relatif au par. 242(4) était fondé sur le doute raisonnable chez le juge du procès quant à la preuve que M. Grant était le conducteur du véhicule au moment où il a été initialement remarqué par le policier.

À mon avis, il est évident qu'une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 238(5) exigerait d'abord une conclusion de fait que l'accusé, et non une autre personne, conduisait le véhicule en question au moment où il a été initialement remarqué par le policier. Toutefois, l'acquiescement relatif à l'accusation de conduite d'un véhicule durant l'interdiction portée en vertu du par. 242(4) équivaut à une conclusion de fait favorable à l'accusé sur cette question précise. Si l'on accueillait le pourvoi relativement à l'accusation portée en vertu du par. 238(5) (défaut de fournir un échantillon) tout en maintenant l'acquiescement relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4) (conduite durant l'interdiction), il y aurait coexistence inadmissible de deux verdicts incompatibles relativement à des accusations découlant d'un même acte.

Another way of putting the point would be to say that, having failed to appeal the s. 242(4) acquittal, the Crown was, and is, estopped from challenging the s. 238(5) acquittal, as a conviction on the latter charge could only be obtained by undermining a determination already made in favour of the accused on the former. It is a well-established principle in our criminal law that an acquittal is equivalent to a finding of innocence, and that "any issue, the resolution of which had to be in favour of the accused as a prerequisite to the acquittal, is irrevocably deemed to have been found conclusively in favour of the accused": *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810, at p. 825; see also *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213 (H.C.).

In the present case, the acquittal on the s. 242(4) charge must be taken as a conclusive finding in favour of Mr. Grant that he was not driving a motor vehicle at the time the vehicle was spotted by the police officer. This result, which the Crown did not see fit to challenge on appeal, clearly precludes a finding that Mr. Grant was in fact driving the vehicle for the purposes of the s. 238(5) charge. Not having appealed the first acquittal, the Crown was, and is, estopped from appealing the second.

#### Disposition

In light of my conclusions above, the order of the Court of Appeal setting aside the order for a new trial and restoring the acquittal entered at trial before Thompson C. Prov. Ct. J. is affirmed, albeit for different reasons.

The Crown's appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Darrell E. Coombs, Charlottetown.*

*Solicitors for the respondent: MacLeod, MacDougall, Crane & Parkman, Charlottetown.*

On pourrait tout aussi bien dire, sur ce point, que le ministère public, ayant omis d'interjeter appel contre l'acquittal relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4), ne peut contester l'acquittal relatif à l'accusation portée en vertu du par. 238(5), puisqu'une déclaration de culpabilité à l'égard de cette dernière accusation exigerait la contestation d'une décision antérieure favorable à l'accusé relativement à la première accusation. C'est un principe bien établi de notre droit pénal qu'un acquittal équivaut à une déclaration d'innocence et que «toute question qui a nécessairement dû être résolue en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittal est réputée de façon irrévocable avoir été tranchée définitivement en faveur de l'accusé»: *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810, à la p. 825; voir aussi *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213 (H.C.).

En l'espèce, l'acquittal relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4) doit être considéré comme une conclusion définitive en faveur de M. Grant, savoir qu'il ne conduisait pas le véhicule à moteur au moment où il a été remarqué par l'agent de police. Cet acquittal, que le ministère public n'a pas jugé bon de contester, empêche clairement la conclusion que M. Grant était le conducteur du véhicule aux fins de l'accusation portée en vertu du par. 238(5). Comme il n'a pas interjeté appel du premier acquittal, le ministère public ne peut interjeter appel du second.

#### Dispositif

Compte tenu des conclusions qui précèdent, l'ordonnance de la Cour d'appel annulant l'ordonnance de nouveau procès et rétablissant l'acquittal prononcé au procès par le juge en chef Thompson est confirmée, quoique pour des motifs différents.

Le pourvoi du ministère public est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante: Darrell E. Coombs, Charlottetown.*

*Procureurs de l'intimé: MacLeod, MacDougall, Crane & Parkman, Charlottetown.*