Trent Terrence Sinclair *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions of Canada, Attorney General of Ontario, Criminal Lawyers' Association of Ontario, British Columbia Civil Liberties Association and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* SINCLAIR

2010 SCC 35

File No.: 32537.

2009: May 12; 2010: October 8.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Custodial interrogation — Presence of counsel — Renewed opportunity to consult counsel — Accused spoke to counsel of choice prior to police interrogation — Repeated requests for further consultation — Incriminating statements made during interrogation — Whether detainee who has been properly accorded right to counsel at outset of detention has constitutional right to further consultations with counsel during course of interrogation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

After being arrested for murder, S was advised of his right to counsel, and twice spoke by telephone with a lawyer of his choice. He was later interviewed by a police officer for several hours. S stated on a number of occasions during the interview that he had nothing to say on matters touching the investigation and wished to speak to his lawyer again. The officer confirmed that S had the right to choose whether to talk or not, however, he refused to allow S to consult with his lawyer again.

Trent Terrence Sinclair *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directeur des poursuites pénales du Canada, procureur général de l'Ontario, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* SINCLAIR

2010 CSC 35

N° du greffe : 32537.

2009 : 12 mai; 2010 : 8 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Interrogatoire sous garde — Présence de l'avocat — Possibilité de consulter de nouveau l'avocat — Consultation par l'accusé de l'avocat de son choix avant l'interrogatoire de la police — Demandes répétées de consultation supplémentaire — Déclarations incriminantes faites pendant l'interrogatoire — Le détenu qui s'est vu accorder comme il se doit, dès le commencement de la détention, le droit à l'assistance d'un avocat possède-t-il en vertu de la Constitution le droit de consulter de nouveau un avocat pendant l'interrogatoire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Après avoir été arrêté pour meurtre, S a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et a parlé deux fois au téléphone à l'avocat de son choix. Il a ensuite eu un entretien avec un policier pendant plusieurs heures. Il a déclaré à maintes reprises au cours de l'entretien qu'il n'avait rien à dire sur les questions ayant trait à l'enquête et qu'il voulait parler de nouveau à son avocat. Le policier a confirmé que S avait le droit de choisir de parler ou de se taire, mais il a refusé de lui permettre de

He also told S that he did not have the right to have his lawyer present during questioning. The officer continued the conversation. In time, S implicated himself in the murder. At the end of the interview, the police placed S into a cell with an undercover officer. While in the cell, S made further incriminating statements to that officer. S later accompanied the police to the location where the victim had been killed and participated in a re-enactment. Following a *voir dire*, the trial judge ruled that the interview, the statements to the undercover officer, and the re-enactment were admissible. The trial judge found that the Crown had proven their voluntariness beyond a reasonable doubt, and that the police had not infringed S's rights as guaranteed by s. 10(*b*) of the *Charter*. The Court of Appeal agreed.

Held (Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: Section 10(*b*) of the *Charter* does not mandate the presence of defence counsel throughout a custodial interrogation. Precedent is against this interpretation and the language of s. 10(*b*) does not appear to contemplate this requirement. Moreover, the purpose of s. 10(*b*) does not demand the continued presence of counsel throughout the interview process. In most cases, an initial warning, coupled with a reasonable opportunity to consult counsel when the detainee invokes the right, satisfies s. 10(*b*). However, the police must give the detainee an additional opportunity to receive advice from counsel where developments in the course of the investigation make this necessary to serve the purpose underlying s. 10(*b*).

In the context of a custodial interrogation, the purpose of s. 10(*b*) is to support detainees' right to choose whether to cooperate with the police investigation or not, by giving them access to legal advice on the situation they are facing. This is achieved by requiring that they be informed of the right to consult counsel and, if a detainee so requests, that he or she be given an opportunity to consult counsel. Achieving this purpose may require that the detainee be given an opportunity to reconsult counsel where developments make this necessary, but it does not demand the continued presence of counsel throughout the interview process. There is of course nothing to prevent counsel from being present at an interrogation where all sides consent, as already occurs. The police remain free to facilitate such an arrangement if they so choose, and the detainee may wish to make counsel's presence a precondition of giving a statement.

consulter de nouveau son avocat. Il lui a aussi dit qu'il n'avait pas droit à la présence d'un avocat pendant qu'on lui pose des questions. Le policier a poursuivi la conversation. Par la suite, S a avoué le meurtre. À la fin de l'entretien, la police a mis S dans une cellule avec un agent d'infiltration. Pendant qu'il était dans la cellule, S a fait d'autres déclarations incriminantes à cet agent. Plus tard, S a accompagné la police à l'endroit où la victime avait été tuée et a pris part à une reconstitution. Après un voir-dire, le juge du procès a décidé que l'entretien, les déclarations faites à l'agent d'infiltration et la reconstitution étaient admissibles. Il a conclu que le ministère public avait établi hors de tout doute raisonnable leur caractère volontaire et que la police n'avait pas porté atteinte aux droits qui sont garantis à S par l'al. 10*b*) de la *Charte*. La Cour d'appel lui a donné raison.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel, Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : L'alinéa 10*b*) de la *Charte* ne rend pas obligatoire la présence de l'avocat de la défense pendant toute la durée d'un interrogatoire sous garde. Les précédents vont à l'encontre de cette interprétation et le libellé de l'al. 10*b*) ne semble pas envisager une telle exigence. En outre, l'objet de l'al. 10*b*) n'exige pas la présence continue d'un avocat pendant toute la durée de l'entretien. Dans la plupart des cas, une première mise en garde, assortie d'une possibilité raisonnable de consulter un avocat lorsque le détenu invoque son droit, satisfait aux exigences de l'al. 10*b*). Toutefois, la police doit donner au détenu une autre possibilité de recevoir des conseils d'un avocat si des faits nouveaux au cours de l'enquête rendent cette mesure nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*).

Dans le contexte d'un interrogatoire sous garde, l'al. 10*b*) vise à étayer le droit du détenu de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière, en lui donnant accès à des conseils juridiques sur sa situation. Pour que cet objectif soit réalisé, le détenu doit être informé de son droit de consulter un avocat et, s'il en fait la demande, doit se voir offrir la possibilité d'en consulter un. Il est possible que, pour la réalisation de cet objectif, il faille accorder au détenu le droit de consulter de nouveau un avocat lorsque de nouveaux faits rendent cette mesure nécessaire, mais elle n'exige pas la présence continue de l'avocat pendant toute la durée de l'entretien. Bien sûr, rien n'empêche l'avocat d'être présent à l'interrogatoire avec le consentement de toutes les parties, comme cela se produit déjà. La police demeure libre de faciliter un tel arrangement si elle choisit de le faire, et le détenu pourrait vouloir demander, comme condition préalable à sa déclaration, la présence d'un avocat.

A request to consult counsel, without more, is not sufficient to retrigger the s. 10(*b*) right. What is required is a change in circumstances that suggests that the choice faced by the detainee has been significantly altered, requiring further advice on the new situation, in order to fulfill the purpose of s. 10(*b*). Police tactics short of such a change may result in the Crown being unable to prove beyond a reasonable doubt that a subsequent statement was voluntary, rendering it inadmissible. But it does not follow that the procedural rights granted by s. 10(*b*) have been breached.

Existing jurisprudence has recognized that changed circumstances may result from: new procedures involving the detainee; a change in the jeopardy facing the detainee; or reason to believe that the detainee may not have understood the initial advice of the right to counsel. The categories are not closed. However, additions to them should be developed only where necessary to ensure that s. 10(*b*) has achieved its purpose. The change of circumstances must be objectively observable in order to trigger additional implementational duties for the police. It is not enough for the detainee to assert, after the fact, that he or she needed help, absent objective indicators that renewed legal consultation was required to permit him or her to make a meaningful choice as to whether to cooperate with the police investigation or refuse to do so.

S does not appear to fall into any of the categories where thus far a right to reconsultation has been recognized as necessary to fulfill the purpose of s. 10(*b*). The question is therefore whether the circumstances, viewed as a whole, indicate that S required further legal advice in order to fulfill the purpose of s. 10(*b*). Developments in the investigation that suggest that the detainee may be confused about his choices and right to remain silent may trigger the right to a renewed consultation with a lawyer under s. 10(*b*). That is not the case here. It is clear from the trial judge's findings of fact that S never had any doubt about the choices the law allowed him and, in particular, his constitutional right to remain silent. S twice spoke with counsel of his choice. Both times, S told the police that he was satisfied with the call. At the beginning of the interview, S said to the officer that he had been told about some of the devices the police might use to obtain information from him, including lying to him, and that he had been advised not to discuss anything important with anyone. Later in the course of the interview, the police repeatedly

Une demande de consultation avec un avocat, à elle seule, ne suffit pas à redonner naissance au droit prévu à l'al. 10*b*). Pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*), il faut qu'il y ait un changement de circonstances tendant à indiquer que le choix qui s'offre au détenu a considérablement changé, de sorte qu'il a besoin d'autres conseils sur la nouvelle situation. Si les tactiques policières n'entraînent pas un tel changement, il est possible que le ministère public ne puisse pas établir hors de tout doute raisonnable qu'une déclaration subséquente était volontaire, ce qui la rendrait inadmissible. Mais il ne s'ensuit pas qu'il y a eu atteinte aux droits procéduraux conférés par l'al. 10*b*).

La jurisprudence reconnaît qu'un changement de circonstances peut résulter de l'une ou l'autre des situations suivantes : le détenu est soumis à des mesures additionnelles; un changement est survenu dans les risques courus par le détenu; il existe des raisons de croire que le détenu n'a peut-être pas compris les conseils reçus au départ au sujet du droit à l'assistance d'un avocat. Ces catégories ne sont pas limitatives. Toutefois, il ne faudrait ajouter que les cas où il est nécessaire d'accorder une autre consultation pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*). Le changement de circonstances doit être objectivement observable pour donner naissance à de nouvelles obligations pour la police en matière de mise en application. Il ne suffit pas que le détenu affirme, après coup, qu'il avait besoin d'aide alors qu'il n'existe aucun élément objectif indiquant qu'une nouvelle consultation juridique était nécessaire pour lui permettre d'exercer un choix utile pour ce qui est de coopérer ou non à l'enquête policière.

S ne semble pas entrer dans l'une des catégories pour lesquelles le droit à une nouvelle consultation a été reconnu comme étant nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*). Il faut donc se demander s'il ressort de l'ensemble des circonstances que S a besoin de conseils juridiques supplémentaires pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*). La survenance de faits nouveaux au cours de l'enquête qui tendent à indiquer que le détenu ne comprend peut-être pas ses choix et son droit au silence peut faire naître le droit à une nouvelle consultation avec un avocat prévu à l'al. 10*b*). Ce n'est pas le cas en l'espèce. Il ressort clairement des conclusions de fait du juge du procès que S n'a jamais eu de doutes sur les choix qui s'offraient à lui sur le plan juridique et, en particulier, son droit constitutionnel de garder le silence. S a parlé deux fois à l'avocat de son choix. Les deux fois, il a déclaré à la police qu'il était satisfait de la communication. Dès le début de l'entretien, S a dit avoir été mis au courant de certains procédés que la police pourrait utiliser pour lui soutirer de l'information, notamment lui mentir, et avoir reçu comme conseil

confirmed that it was his choice whether he wished to speak with them or not. The police did not denigrate the legal advice he had received and repeatedly confirmed that it was his choice whether he wished to speak or not. There were no changed circumstances requiring renewed consultation with a lawyer. No s. 10(*b*) *Charter* breach has therefore been established.

This interpretation of s. 10(*b*) does not give *carte blanche* to the police as contended. This argument overlooks the requirement that confessions must be voluntary in the broad sense now recognized by the law. The police must not only fulfill their obligations under s. 10(*b*), they must conduct the interview in strict conformity with the confessions rule. In defining the contours of the s. 7 right to silence and related *Charter* rights, however, consideration must also be given to the societal interest in the investigation and solving of crimes. Any suggestion that the questioning of a suspect, in and of itself, runs counter to the presumption of innocence and the protection against self-incrimination is clearly contrary to settled authority and practice. The police are charged with the duty to investigate alleged crimes and, in performing this duty, they necessarily have to make inquiries from relevant sources of information, including persons suspected of, or even charged with, committing the alleged crime. While the police must be respectful of an individual's *Charter* rights, a rule that would require the police to automatically retreat upon a detainee stating that he or she has nothing to say would not strike the proper balance between the public interest in the investigation of crimes and the suspect's interest in being left alone.

Per Binnie J. (dissenting): A detainee is entitled to a further opportunity or opportunities to receive advice from counsel during a custodial interview where his or her request falls within the purpose of the s. 10(*b*) right (i.e. to satisfy a need for legal assistance rather than delay or distraction), and such request is reasonably justified by the objective circumstances that were or ought to have been apparent to the police during the interrogation.

In this case, the initial refusal to allow S to consult further with his counsel did not constitute a *Charter* breach. The breach occurred when, after several hours or so of suggestions (subtle and not so subtle) and

de ne pas discuter de quoi que ce soit d'important avec quiconque. Plus tard au cours de l'entretien, la police lui a confirmé à plusieurs reprises qu'il lui appartenait de décider s'il souhaitait parler ou se taire. La police n'a pas dénigré les conseils juridiques qu'il avait reçus et elle lui a confirmé à maintes reprises qu'il lui revenait de choisir de parler ou non. Il n'est survenu aucun changement de circonstances nécessitant une nouvelle consultation avec un avocat. Par conséquent, aucune violation de l'al. 10*b*) de la *Charte* n'a été établie.

Cette interprétation de l'al. 10*b*) ne donne pas carte blanche à la police, contrairement à ce qu'on a affirmé. Cet argument ne tient pas compte de l'exigence selon laquelle les confessions doivent être volontaires dans le sens large maintenant reconnu en droit. La police doit non seulement respecter les obligations qui lui incombent selon l'al. 10*b*), mais aussi conduire l'entretien en se conformant strictement à la règle des confessions. Toutefois, pour définir la portée du droit au silence reconnu à l'art. 7 et celle des droits connexes garantis par la *Charte*, il faut aussi tenir compte de l'intérêt de la société à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête et soient résolus. Affirmer qu'en soi le fait de poser des questions à un suspect va à l'encontre de la présomption d'innocence et de la protection contre l'auto-incrimination est clairement contraire à la jurisprudence et à la pratique établies. La police a l'obligation d'enquêter sur les crimes présumés et, dans l'exercice de cette fonction, elle doit nécessairement interroger des sources d'information pertinentes, y compris les personnes soupçonnées ou même accusées d'avoir commis le crime présumé. Certes, la police doit respecter les droits que la *Charte* garantit à un individu, mais la règle selon laquelle elle doit automatiquement battre en retraite dès que le détenu déclare qu'il n'a rien à dire ne permet pas d'établir le juste équilibre entre l'intérêt public à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête et l'intérêt du suspect à ne pas être importuné.

Le juge Binnie (dissident) : Un détenu a droit à une ou plusieurs autres possibilités de recevoir des conseils d'un avocat au cours d'un entretien sous garde si sa demande cadre avec l'objet du droit garanti par l'al. 10*b*) (c.-à-d. satisfaire à un besoin d'assistance juridique et non retarder la pression policière ou s'y soustraire temporairement), et une telle demande est raisonnablement justifiée par les circonstances objectives qui étaient apparentes ou auraient dû l'être pour la police lors de l'interrogatoire.

En l'espèce, le refus initial de permettre à l'appelant de consulter de nouveau son avocat ne constituait pas une violation de la *Charte*. Cette violation s'est produite lorsque, après plusieurs heures de suggestions (subtiles et

argument, the officer confronted S with evidence linking him to the crime and S repeated five times his desire to consult with his counsel before going further. Police use of moral suasion is, of course, absolutely acceptable, but S was clearly concerned (manifested by his five separate requests to consult his lawyer again) whether the lawyer's initial advice (whatever it was) remained valid. S faced a second degree murder charge. It cannot reasonably be said that the 360 seconds of legal advice he received in two initial phone calls before the police began their interrogation was enough to exhaust his s. 10(*b*) guarantee. Given the unfolding of new information up to that point in the interview, S's request to speak again to counsel was reasonable, and the police refusal of that further consultation was a breach of s. 10(*b*).

What now appears to be licenced as a result of the "interrogation trilogy" — *Oickle*, *Singh*, and the present case — is that an individual (presumed innocent) may be detained and isolated for questioning by the police for at least five or six hours without reasonable recourse to a lawyer, during which time the officers can brush aside assertions of the right to silence or demands to be returned to his or her cell, in an endurance contest in which the police interrogators, taking turns with one another, hold all the important legal cards.

Communication between solicitor and client is the condition precedent to the lawyer's ability to assist. The advice will only be as good as the information on which it is based. In the case of s. 10(*b*), the lawyer cannot function effectively in an informational vacuum without the possibility of even a general idea of the unfolding situation in the interrogation room. Until aware of that situation, the lawyer may be in no position to render — and the detainee may not receive — meaningful assistance beyond what could be accomplished by a recorded message: "You have reached counsel; keep your mouth shut; press one to repeat this message." In this case, the evolving situation produced information S's lawyer needed to have to do his job.

In any case, justification for additional consultation(s) must find objective support in factors which would include (but are not limited to): the extent of prior contact with counsel; the length of the interview at the time

moins subtiles) et d'argument, le policier a parlé à S de la preuve qui le reliait au crime et S a réitéré à cinq reprises son désir de consulter son avocat avant de continuer. Le recours à la pression morale par la police est bien sûr tout à fait acceptable, mais S se demandait de toute évidence (comme en témoigne le fait qu'il a demandé à cinq reprises distinctes de pouvoir communiquer de nouveau avec son avocat) si les conseils initiaux de l'avocat (quels qu'ils soient) étaient toujours valables. S faisait face à une inculpation de meurtre au deuxième degré. On ne peut pas raisonnablement dire que les conseils juridiques qu'il a reçus en 360 secondes lors des deux appels téléphoniques initiaux avant que la police amorce son interrogatoire étaient suffisants pour entraîner l'extinction de la garantie que lui reconnaît l'al. 10*b*). Étant donné la révélation de nouveaux éléments d'information depuis le début de l'entretien, la demande de S de parler de nouveau à son avocat était raisonnable, et le refus de la part de la police de lui accorder cette nouvelle consultation constituait une violation de l'al. 10*b*).

En conséquence de la « trilogie de l'interrogatoire » — *Oickle*, *Singh* et le présent pourvoi — la police pourra désormais, semble-t-il, détenir un individu (présumé innocent), le garder en isolement pour lui poser des questions pendant au moins cinq ou six heures sans lui donner une possibilité raisonnable de consulter un avocat, et balayer pendant ce temps ses revendications du droit de garder le silence ou ses demandes de regagner sa cellule, dans le cadre d'une épreuve d'endurance au cours de laquelle les interrogateurs de la police, se relayant l'un l'autre, possèdent tous les atouts juridiques importants.

La communication entre l'avocat et son client est la condition préalable à la capacité de l'avocat de fournir une assistance. La qualité des conseils dépend entièrement des renseignements sur lesquels ils sont fondés. Dans le cas de l'al. 10*b*), l'avocat ne peut pas travailler dans un vide informationnel sans possibilité de même avoir une idée générale du déroulement de la situation dans la salle d'interrogatoire. Jusqu'à ce que l'avocat soit au courant de cette situation, il risque de ne pas être en mesure de fournir une assistance utile — et le détenu risque d'être privé d'une telle assistance — au-delà de ce qu'un message enregistré pourrait accomplir : « Vous avez joint la boîte vocale de l'avocat. Ne dites pas un mot. Pour entendre de nouveau ce message, faites le 1. » En l'espèce, l'évolution de la situation a produit des renseignements dont l'avocat avait besoin pour faire son travail.

De toute façon, la justification de consultations supplémentaires doit reposer sur un fondement objectif, y compris les facteurs suivants : la portée de la communication antérieure avec l'avocat; la durée de l'entretien

of the request; the extent of other information (true or false) provided by the police to the detainee about the case during the interrogation, which may reasonably suggest to the detainee that the advice in the initial consultation may have been overtaken by events; the existence of exigent or urgent circumstances that militate against any delay in the interrogation; whether an issue of a legal nature has arisen in the course of the interrogation; and the mental and physical condition of the detainee to the extent that this is or ought to be apparent to the interrogator.

The detainee's s. 10(*b*) request will be dealt with in the first instance by the police. In deciding whether to give effect to it the police will have to make a judgment call, but such a call is no more difficult than many arising in the course of their work. The police deal routinely with constitutional standards and other aspects of reasonableness, and there is no reason why they should not be capable of treating a demand for further consultation with counsel with the same level of professionalism. No doubt, a truncated interpretation of s. 10(*b*) would be easier for the police to administer. Rights during an interrogation will always be harder to administer than no rights. The *Charter* is framed in general language. Litigation is inevitable. The criminal justice system might well work more smoothly and efficiently from the crime-stopper's perspective if we had no *Charter*, but so long as we do have a *Charter*, s. 10(*b*) like other *Charter* rights should be given a broad interpretation consistent with its purpose. If it takes time to work out its proper amplitude so be it.

Finally, S's subsequent admissions to the undercover officer in the jail cell were part of the same transaction or course of conduct as the statement to the interrogation officer and were thus tainted, because S's reason for confessing in the jail cell was explicitly linked to the fact that he had just given himself up in the interrogation room. The same is true of the re-enactment. Without the initial statement to the interrogation officer, it would not have taken place. This causal connection is sufficient to establish the requisite link. The statement to the undercover officer and the evidence produced by the re-enactment are linked to the earlier breach of s. 10(*b*) and were therefore obtained in breach of the *Charter*. That evidence should be excluded under s. 24(2) in light of the general presumption of exclusion of unconstitutionally obtained statements.

au moment de la demande; l'ampleur des autres renseignements (vrais ou faux) fournis au détenu par la police au sujet de l'affaire pendant l'interrogatoire, dont il est raisonnable de croire qu'elle peut amener le détenu à penser que les conseils reçus lors de la consultation initiale ont peut-être perdu de leur pertinence en raison de la tournure des événements; l'existence de circonstances pressantes incitant fortement à ne pas retarder l'interrogatoire; la survenance d'un incident de nature juridique au cours de l'interrogatoire; l'état psychologique et physique du détenu, dans la mesure où cet état est apparent ou devrait l'être pour l'interrogateur.

La police tout d'abord traitera de la demande du détenu fondée sur l'al. 10*b*). Pour décider s'il y a lieu d'y donner suite, elle doit s'en remettre à son jugement, mais une telle décision n'est pas plus difficile que bien d'autres décisions qu'elle doit prendre dans le cadre de son travail. La police est couramment aux prises avec des normes constitutionnelles et d'autres aspects de la « raisonnabilité », et il n'y a aucune raison qu'elle ne puisse pas faire preuve du même degré de professionnalisme lorsqu'il s'agit de juger du caractère raisonnable d'une demande de consultation supplémentaire. Il ne fait aucun doute qu'une interprétation tronquée de l'al. 10*b*) faciliterait la tâche de la police. L'existence de droits pendant l'interrogatoire lui rendra toujours la vie plus difficile que l'absence de droits. La *Charte* est rédigée en termes généraux. Les litiges sont inévitables. Le système de justice criminelle fonctionnerait peut-être plus en douceur et plus efficacement du point de vue des autorités chargées de la répression du crime s'il n'y avait pas de *Charte*, mais tant que la *Charte* existe, le droit garanti par l'al. 10*b*) doit recevoir, comme les autres droits prévus par la *Charte*, une interprétation large qui soit compatible avec son objet. S'il faut du temps pour en déterminer la portée exacte, qu'il en soit ainsi.

Enfin, les aveux ultérieurs de S devant un agent d'infiltration placé dans sa cellule faisaient partie de la même opération ou de la même ligne de conduite que la déclaration au policier chargé de l'interrogatoire et étaient par conséquent viciés, étant donné le lien explicite entre le motif ayant amené S à se confesser dans sa cellule et le fait qu'il venait de capituler dans la salle d'interrogatoire. Cela vaut aussi pour la reconstitution. Sans la déclaration initiale au policier, elle n'aurait pas eu lieu. Ce lien de causalité suffit à établir l'existence du lien requis. La déclaration à l'agent d'infiltration et la preuve émanant de la reconstitution sont liées à la violation antérieure de l'al. 10*b*) et ont par conséquent été obtenues en violation de la *Charte*. Ces éléments de preuve devraient être écartés en application du par. 24(2) compte tenu de la présomption générale d'exclusion des déclarations obtenues d'une façon inconstitutionnelle.

Per LeBel, Fish and Abella JJ. (dissenting): S's right to counsel was infringed because the police prevented him from obtaining the legal advice to which he was entitled. His access to legal advice would have mitigated the impact of the police's relentless and skilful efforts to obtain a confession from him. This breach of S's right to counsel went to the core of the self-incrimination interest that s. 10(*b*) is meant to protect. Under our system of criminal justice, the state bears the sole burden of proving the guilt of the accused. This basic precept finds expression in the presumption of innocence and the right to silence. Both rights are constitutionally protected. It follows inexorably that a detainee under police control is under no obligation to cooperate with a police investigation or to participate in an interrogation.

Both a straightforward reading and a purposive interpretation of s. 10(*b*) lend themselves to a broad conception of the right to counsel. The guarantee of "*l'assistance d'un avocat*" means more than a one-time consultation with counsel, specifically when the brief consultation is followed by a lengthy interrogation, conducted by a skilled and experienced police interrogator.

The right to silence, the right against self-incrimination, and the presumption of innocence work together to ensure that suspects are never obligated to participate in building the case against them. Confronted by bits and pieces of incriminating evidence, conjectural or real, the detainee may be wrongly persuaded that maintaining his or her right of silence is a futile endeavour: that the advice to remain silent originally provided by counsel is now unsound. Through ignorance of the consequences, the detainee may feel bound to make an incriminatory statement to which the police are not by law entitled. In what may seem counterintuitive to the detainee without legal training, it is often better to remain silent in the face of the evidence proffered, leaving it to the court to determine its cogency and admissibility, and forego the inevitable temptation to end the interrogation by providing the inculpatory statement sought by the interrogators. Access to counsel is therefore of critical importance at this stage to ensure, insofar as possible, that the detainee's rights are respected and to provide the sense of security that legal representation is intended to afford. However, it is also in society's interest that constitutional rights be respected at the pre-trial stage, as doing so ensures the integrity of the criminal process from start to finish. In these circumstances, counsel's advice is not simply a matter of reiterating the detainee's right to silence, but also to explain why

Les juges LeBel, Fish et Abella (dissidents) : Le droit de S à l'assistance d'un avocat a été violé du fait que les policiers l'ont empêché d'obtenir les conseils juridiques auxquels il avait droit. L'accès à l'assistance de son avocat aurait atténué les conséquences des efforts acharnés et habiles que déployait la police afin d'obtenir des aveux de sa part. Cette violation du droit de S à l'assistance d'un avocat a touché l'essentiel du droit de ne pas s'incriminer que l'al. 10*b*) vise à protéger. Dans notre système de justice criminelle, la preuve de la culpabilité de l'accusé incombe exclusivement à l'État. Ce principe de base s'exprime dans la présomption d'innocence et dans le droit au silence, que la Constitution protège tous deux. Ces principes entraînent comme conséquence nécessaire qu'un détenu sous le contrôle de la police n'est pas tenu de coopérer à une enquête policière ou de participer à un interrogatoire.

Tant la simple lecture de l'al. 10*b*) qu'une interprétation téléologique de cette disposition favorisent une conception large du droit « à l'assistance d'un avocat », qui ne se limite pas à une consultation unique avec un avocat, surtout lorsque la brève consultation est suivie d'un long interrogatoire, mené par un enquêteur habile et expérimenté.

Ensemble, le droit de garder le silence, le droit à la protection contre l'auto-incrimination et la présomption d'innocence garantissent que les suspects n'assument aucune obligation de participer à l'établissement de la preuve contre eux. Confronté à des fragments d'éléments de preuve incriminants, fictifs ou réels, le détenu risque de se persuader à tort de la futilité de l'exercice de son droit au silence et que le conseil de garder le silence donné au départ par l'avocat n'est maintenant plus pertinent. Il est possible que, dans l'ignorance des conséquences, le détenu se sente obligé de faire une déclaration incriminante que la police n'est pas en droit d'obtenir. Même si une telle approche peut sembler paradoxale au détenu dépourvu de formation juridique, il vaut souvent mieux garder le silence devant la preuve présentée et laisser au tribunal le soin d'en déterminer l'admissibilité et la force probante, et résister à l'inévitable tentation de mettre un terme à l'interrogatoire en faisant la déclaration incriminante que les enquêteurs cherchent à obtenir. L'accès à un avocat revêt donc une importance capitale à ce stade pour garantir, dans la mesure du possible, le respect des droits constitutionnels du détenu et pour lui donner le sentiment de sécurité que la représentation juridique est censée procurer. Mais il demeure dans l'intérêt de la société que les droits constitutionnels soient respectés à l'étape préalable au procès, puisqu'ils garantissent l'intégrité du processus criminel du début à la fin. Dans ces circonstances, le rôle de l'avocat ne se limite pas à rappeler au détenu son droit

and how that right should be, and can be, effectively exercised.

The assistance of counsel is a right granted not only to detainees under s. 10(*b*) of the *Charter*, but a right granted to every accused by the common law, the *Criminal Code*, and ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. It is not just a right to the assistance of counsel, but to the effective assistance of counsel, and one that this Court has characterized as a principle of fundamental justice. This right has not been granted to suspects and to persons accused of crime on the condition that it not be exercised when they are most in need of its protection — notably at the stage of custodial interrogation, when they are particularly vulnerable and in an acute state of jeopardy.

The right against self-incrimination and the right to silence cannot be eroded by an approach to criminal investigations, and in particular to custodial interrogation, that would favour perceived police efficiency at the expense of constitutionally protected rights. The right to counsel, and by extension its meaningful exercise, cannot be made to depend on an interrogator's opinion as to its opportunity or utility. The police are not empowered by the common law or by statute, and still less by our Constitution, to prevent or undermine the effective exercise by detainees of either their right to silence or their right to counsel, or to compel them against their clearly expressed wishes to participate in interrogations until confession.

In this case, both S's statement to the undercover officer and his participation in the re-enactment were inextricably linked to his original confession and were therefore obtained in violation of s. 10(*b*) as well.

That evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The violation of S's constitutionally guaranteed right to counsel was significant, and not merely a technical breach. It is almost impossible to imagine a case where a *Charter* breach would have a greater impact on the protected interests of an individual. At a time when his freedom hung in the balance, S was denied access to the legal counsel that he desperately required. As a direct result of this unconstitutional deprivation, S relented in the face of unrelenting questioning and incriminated himself. Had he been provided with an opportunity to consult counsel, the outcome would likely have been very different. The impact of the breach, therefore, struck at the core of our most cherished legal protections: the right to silence and the protection against self-incrimination. Finally, the offence at issue here — murder — is of the utmost

L'assistance d'un avocat est non seulement un droit reconnu aux détenus en vertu de l'al. 10*b*) de la *Charte*, mais aussi un droit accordé à tous les accusés par la common law, le *Code criminel* ainsi que l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Il ne s'agit pas simplement du droit à l'assistance d'un avocat, mais du droit à l'assistance effective d'un avocat, que, du reste, notre Cour a qualifié de principe de justice fondamentale. Ce droit n'a pas été donné aux suspects et aux personnes accusées d'un crime à la condition qu'ils ne l'exercent pas lorsqu'ils ont le plus besoin de sa protection — surtout au stade de l'interrogatoire, un moment de vulnérabilité particulière et de risque spécialement élevé pour eux.

Il faut éviter de saper le droit de ne pas s'incriminer et le droit au silence en adoptant une approche en matière d'enquêtes criminelles — en particulier d'interrogatoires — qui privilégierait l'apparente efficacité policière aux dépens de la protection des droits garantis par la Constitution. Le droit à l'assistance d'un avocat et, par extension, son exercice utile ne peuvent être subordonnés à l'opinion d'un enquêteur quant à son opportunité ou son utilité. La police n'est pas autorisée en common law ou par la loi — et encore moins par la Constitution — à empêcher ou entraver l'exercice effectif par les détenus de leur droit au silence ou de leur droit à l'assistance d'un avocat, ni à les contraindre, contre leur volonté clairement exprimée, à participer à des interrogatoires jusqu'aux aveux.

En l'espèce, tant la déclaration de S à l'agent d'infiltration que sa participation à la reconstitution étaient inextricablement liées à sa confession initiale, et ont donc elles aussi été obtenues en violation de l'al. 10*b*).

Ces éléments de preuve devraient être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. La violation du droit à l'assistance d'un avocat qui est garanti par la Constitution à S était sérieuse et ne représentait pas une simple violation technique. Il est presque impossible d'imaginer un cas où une violation de la *Charte* aurait une incidence plus grande sur les droits protégés d'une personne. À un moment où sa liberté était en jeu, S s'est vu refuser l'accès à l'assistance d'un avocat dont il avait désespérément besoin. Cette privation inconstitutionnelle d'un droit a eu pour résultat direct de faire fléchir S face à des questions incessantes et de l'amener à s'incriminer. Si on lui avait donné la possibilité de consulter son avocat, l'issue aurait sans doute été bien différente. L'incidence de la violation a donc porté atteinte au cœur même des protections juridiques auxquelles nous attachons le plus grand prix : le droit de garder le silence

severity. So too, however, is the right being protected. While society has an interest in the adjudication of a case on its merits, sometimes, as is the case here, that interest will be outweighed by the protection of the most fundamental rights in the criminal justice system.

Accordingly, the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Cases Cited

By McLachlin C.J. and Charron J.

Distinguished: *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; **referred to:** *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Friesen* (1995), 101 C.C.C. (3d) 167; *R. v. Mayo* (1999), 133 C.C.C. (3d) 168; *R. v. Ekman*, 2000 BCCA 414, 146 C.C.C. (3d) 346; *R. v. Osmond*, 2007 BCCA 470, 227 C.C.C. (3d) 375, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xii; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Yarborough v. Alvarado*, 541 U.S. 652 (2004); *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Oregon v. Hass*, 420 U.S. 714 (1975); *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004); *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. v. Wood* (1994), 94 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Gormley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 110; *R. v. Baidwan*, 2001 BCSC 1412, [2001] B.C.J. No. 3073 (QL), aff'd 2003 BCCA 351 (CanLII); *R. v. Bohnet*, 2003 ABCA 207, 111 C.R.R. (2d) 131; *R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 243 C.C.C. (3d) 134; *R. v. Weeseekase*, 2007 SKCA 115, 228 C.C.C. (3d) 117; *R. v. R. (P.L.)* (1988), 44 C.C.C. (3d) 174; *R. v. Badgerow*, 2008 ONCA 605, 237 C.C.C. (3d) 107; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3.

By Binnie J. (dissenting)

R. v. Phillion, 2009 ONCA 202, 241 C.C.C. (3d) 193; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Hebert*, [1990]

et la protection contre l'auto-incrimination. Enfin, l'infraction dont il est question en l'espèce — le meurtre — est d'une gravité extrême. Mais, d'autre part, le droit qui est protégé revêt une importance capitale. Malgré l'intérêt de la société à ce qu'une affaire soit jugée au fond, il arrive, comme c'est le cas en l'espèce, que cet intérêt doive céder le pas à la protection des droits les plus fondamentaux dans le système de justice criminelle.

Par conséquent, la preuve devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Charron

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; **arrêts mentionnés :** *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Friesen* (1995), 101 C.C.C. (3d) 167; *R. c. Mayo* (1999), 133 C.C.C. (3d) 168; *R. c. Ekman*, 2000 BCCA 414, 146 C.C.C. (3d) 346; *R. c. Osmond*, 2007 BCCA 470, 227 C.C.C. (3d) 375, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xii; *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Escobedo c. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *California c. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Yarborough c. Alvarado*, 541 U.S. 652 (2004); *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *Harris c. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Oregon c. Hass*, 420 U.S. 714 (1975); *United States c. Patane*, 542 U.S. 630 (2004); *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. c. Wood* (1994), 94 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Gormley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 110; *R. c. Baidwan*, 2001 BCSC 1412, [2001] B.C.J. No. 3073 (QL), conf. par 2003 BCCA 351 (CanLII); *R. c. Bohnet*, 2003 ABCA 207, 111 C.R.R. (2d) 131; *R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 243 C.C.C. (3d) 134; *R. c. Weeseekase*, 2007 SKCA 115, 228 C.C.C. (3d) 117; *R. c. R. (P.L.)* (1988), 44 C.C.C. (3d) 174; *R. c. Badgerow*, 2008 ONCA 605, 237 C.C.C. (3d) 107; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge Binnie (dissident)

R. c. Phillion, 2009 ONCA 202, 241 C.C.C. (3d) 193; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151;

2 S.C.R. 151; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Waugh*, 2010 ONCA 100, 251 C.C.C. (3d) 139; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

By LeBel and Fish JJ. (dissenting)

R. v. Singh, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *Fortin v. Chrétien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. McCrimmon*, 2010 SCC 36, [2010] 2 S.C.R. 402; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. v. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 10, 11, 13, 24(2).
Crimes Act 1914 (Austl.), Part IC, ss. 23G, 23L.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 684(1).
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (U.K.), 1994, c. 33.

R. c. McClure, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Waugh*, 2010 ONCA 100, 251 C.C.C. (3d) 139; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

Citée par les juges LeBel et Fish (dissidents)

R. c. Singh, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. McCrimmon*, 2010 CSC 36, [2010] 2 R.C.S. 402; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. c. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 10, 11, 13, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 684(1).
Crimes Act 1914 (Austr.), partie IC, art. 23G, 23L.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (R.-U.), 1994, ch. 33.

Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (N.S.W.), s. 123.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, ss. 58, 66.
Police Powers and Responsibilities Act 2000 (Qld.).

Authors Cited

Allen, Ronald J. "*Miranda*'s Hollow Core" (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71.
Cassell, Paul G. "*Miranda*'s Social Costs: An Empirical Reassessment" (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 387.
Cassell, Paul G., and Bret S. Hayman. "Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of *Miranda*" (1995-1996), 43 *U.C.L.A. L. Rev.* 839.
Cassell, Paul G., and Richard Fowles. "Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on *Miranda*'s Harmful Effects on Law Enforcement" (1997-1998), 50 *Stan. L. Rev.* 1055.
Collins-Robert French-English, English-French Dictionary, 2nd ed. London: Collins, 1987, "*cas*".
Godsey, Mark A. "Reformulating the *Miranda* Warnings in Light of Contemporary Law and Understandings" (2006), 90 *Minn. L. Rev.* 781.
Leo, Richard A. "Inside the Interrogation Room" (1995-1996), 86 *J. Crim. L. & Criminology* 266.
Newfoundland and Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes*. St. John's: Government of Newfoundland and Labrador, 2006.
Schulhofer, Stephen J. "*Miranda*'s Practical Effect: Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs" (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500.
Stewart, Hamish. "The Confessions Rule and the *Charter*" (2009), 54 *McGill L.J.* 517.
Stuesser, Lee. "The Accused's Right to Silence: No Doesn't Mean No" (2002), 29 *Man. L.J.* 149.
Weisselberg, Charles D. "Mourning *Miranda*" (2008), 96 *Cal. L. Rev.* 1519.
Younger, Evelle J. "Results of a Survey Conducted in the District Attorney's Office of Los Angeles County Regarding the Effect of the Miranda Decision upon the Prosecution of Felony Cases" (1966-1967), 5 *Am. Crim. L.Q.* 32.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, Lowry and Frankel JJ.A.), 2008 BCCA 127, 252 B.C.A.C. 288, 422 W.A.C. 288, 169 C.R.R. (2d) 232, [2008] B.C.J. No. 502 (QL), 2008 CarswellBC 573, affirming a decision of Powers J., 2003 BCSC 2040, [2003]

Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (N.-G.S.), art. 123.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 58, 66.
Police Powers and Responsibilities Act 2000 (Qld.).

Doctrine citée

Allen, Ronald J. « *Miranda*'s Hollow Core » (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71.
Cassell, Paul G. « *Miranda*'s Social Costs : An Empirical Reassessment » (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 387.
Cassell, Paul G., and Bret S. Hayman. « Police Interrogation in the 1990s : An Empirical Study of the Effects of *Miranda* » (1995-1996), 43 *U.C.L.A. L. Rev.* 839.
Cassell, Paul G., and Richard Fowles. « Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on *Miranda*'s Harmful Effects on Law Enforcement » (1997-1998), 50 *Stan. L. Rev.* 1055.
Godsey, Mark A. « Reformulating the *Miranda* Warnings in Light of Contemporary Law and Understandings » (2006), 90 *Minn. L. Rev.* 781.
Leo, Richard A. « Inside the Interrogation Room » (1995-1996), 86 *J. Crim. L. & Criminology* 266.
Robert-Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français, nouvelle éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1987, « *cas* ».
Schulhofer, Stephen J. « *Miranda*'s Practical Effect : Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs » (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500.
Stewart, Hamish. « The Confessions Rule and the *Charter* » (2009), 54 *R.D. McGill* 517.
Stuesser, Lee. « The Accused's Right to Silence : No Doesn't Mean No » (2002), 29 *Man. L.J.* 149.
Terre-Neuve-et-Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes*. St. John's : Government of Newfoundland and Labrador, 2006.
Weisselberg, Charles D. « Mourning *Miranda* » (2008), 96 *Cal. L. Rev.* 1519.
Younger, Evelle J. « Results of a Survey Conducted in the District Attorney's Office of Los Angeles County Regarding the Effect of the Miranda Decision upon the Prosecution of Felony Cases » (1966-1967), 5 *Am. Crim. L.Q.* 32.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Lowry et Frankel), 2008 BCCA 127, 252 B.C.A.C. 288, 422 W.A.C. 288, 169 C.R.R. (2d) 232, [2008] B.C.J. No. 502 (QL), 2008 CarswellBC 573, qui a confirmé une décision du juge Powers, 2003 BCSC 2040,

B.C.J. No. 3258 (QL), 2003 CarswellBC 3841. Appeal dismissed, Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ. dissenting.

Gil D. McKinnon, *Q.C.*, and *Lisa J. Helps*, for the appellant.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten and *Susan J. Brown*, for the respondent.

David Schermbrucker and *Christopher Mainella*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

John S. McInnes and *Deborah Krick*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

P. Andras Schreck and *Candice Suter*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Warren B. Milman and *Michael A. Feder*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Jonathan C. Lisus, *Alexi N. Wood* and *Adam Ship*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

I. Overview

[1] This appeal and its companion cases are about the nature and limits of the right to counsel under s. 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The issue is whether a detainee who has been properly accorded his or her s. 10(*b*) rights at the outset of the detention has the constitutional right to further consultations with counsel during the course of the interrogation.

[2] We conclude that s. 10(*b*) does not mandate the presence of defence counsel throughout a custodial interrogation. We further conclude that in most

[2003] B.C.J. No. 3258 (QL), 2003 CarswellBC 3841. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, LeBel, Fish et Abella sont dissidents.

Gil D. McKinnon, *c.r.*, et *Lisa J. Helps*, pour l'appelant.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten et *Susan J. Brown*, pour l'intimée.

David Schermbrucker et *Christopher Mainella*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

John S. McInnes et *Deborah Krick*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

P. Andras Schreck et *Candice Suter*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Warren B. Milman et *Michael A. Feder*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Jonathan C. Lisus, *Alexi N. Wood* et *Adam Ship*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi et les pourvois connexes portent sur la nature et les limites du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il s'agit de déterminer si le détenu qui s'est vu accorder comme il se doit, dès le commencement de la détention, les droits prévus à l'al. 10*b*) possède en vertu de la Constitution le droit de consulter de nouveau un avocat pendant l'interrogatoire.

[2] Nous concluons que l'al. 10*b*) ne rend pas obligatoire la présence de l'avocat de la défense pendant tout l'interrogatoire sous garde. Nous concluons en

cases, an initial warning, coupled with a reasonable opportunity to consult counsel when the detainee invokes the right, satisfies s. 10(*b*). However, the police must give the detainee an additional opportunity to receive advice from counsel where developments in the course of the investigation make this necessary to serve the purpose underlying s. 10(*b*) of providing the detainee with legal advice relevant to his right to choose whether to cooperate with the police investigation or not. To date, this principle has led to the recognition of the right to a second consultation with a lawyer where changed circumstances result from: new procedures involving the detainee; a change in the jeopardy facing the detainee; or reason to believe that the first information provided was deficient. The categories are not closed.

[3] In this case, the test for a second legal consultation is not met. Before the interview took place, Mr. Sinclair was advised of his right to counsel and twice spoke with counsel of his choice. At the beginning of the interview, he said to the officer that he had been told about some of the devices the police might use to obtain information from him, including lying to him, and that he had been advised not to discuss anything important with anyone. Later in the course of the interview, the police repeatedly confirmed that it was his choice whether he wished to speak with them or not. There were no changed circumstances requiring renewed consultation with a lawyer. We therefore conclude that breach of the right to counsel under s. 10(*b*) of the *Charter* has not been established, and would dismiss the appeal.

II. Facts

[4] The appellant, Mr. Sinclair, was charged with second degree murder in the November 21, 2002 killing of Gary Grice and ultimately convicted by a jury of manslaughter. The events that concern us on this appeal took place following Mr. Sinclair's arrest early in the morning of Saturday,

outre que, dans la plupart des cas, une première mise en garde, assortie d'une possibilité raisonnable de consulter un avocat lorsque le détenu invoque son droit, satisfait aux exigences de l'al. 10*b*). Toutefois, la police doit donner au détenu une autre possibilité de recevoir des conseils d'un avocat si des faits nouveaux au cours de l'enquête rendent cette mesure nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*) de fournir au détenu des conseils juridiques sur son droit de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière. À ce jour, ce principe a entraîné la reconnaissance du droit à une deuxième consultation avec un avocat lorsqu'un changement de circonstances résulte de l'une ou l'autre des situations suivantes : le détenu est soumis à des mesures additionnelles; un changement est survenu dans les risques courus par le détenu; il existe des raisons de croire que les renseignements fournis initialement comportent des lacunes. Ces catégories ne sont pas limitatives.

[3] En l'espèce, il n'est pas satisfait au test visant à déterminer si les circonstances justifient une deuxième consultation. Avant l'entretien, M. Sinclair a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et a parlé deux fois à l'avocat de son choix. Dès le début de l'entretien, il a dit avoir été mis au courant de certains procédés que la police pourrait utiliser pour lui soutirer de l'information, notamment lui mentir, et avoir reçu comme conseil de ne pas discuter de quoi que ce soit d'important avec quiconque. Plus tard au cours de l'entretien, la police lui a confirmé à plusieurs reprises qu'il lui appartenait de décider s'il souhaitait parler ou se taire. Il n'est survenu aucun changement de circonstances nécessitant une nouvelle consultation avec un avocat. Par conséquent, nous concluons qu'aucune atteinte au droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10*b*) de la *Charte*, n'a été établie et qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[4] L'appelant, M. Sinclair, a été accusé du meurtre au deuxième degré de Gary Grice, survenu le 21 novembre 2002, et a finalement été reconnu coupable par un jury d'homicide involontaire. Les événements dont il est question en l'espèce se sont produits après l'arrestation de M. Sinclair, au petit

December 14, 2002, by members of the RCMP detachment in Vernon, B.C.

[5] Upon arrest, Mr. Sinclair was advised that he was being arrested for the killing of Mr. Grice, that he had the right to retain and instruct counsel without delay, that he could call any lawyer he wanted, and that a Legal Aid lawyer would be available free of charge. When asked whether he wanted to call a lawyer, Mr. Sinclair responded: "Not right this second" (A.R., at p. 524). He was then taken to the RCMP detachment, with assurances that he would have another opportunity to contact counsel once they got there.

[6] After booking, Mr. Sinclair was again asked whether he wanted to exercise his right to counsel. This time he told the officer, Cpl. Leibel, that he wanted to speak with a lawyer named Victor S. Janicki, whom he had retained to defend him on an unrelated charge. The police placed the call and the appellant spoke with Mr. Janicki by phone in a private room for about three minutes. Cpl. Leibel asked the appellant whether he was satisfied with the call, to which Mr. Sinclair replied: "Yeah, he's taking my case" (A.R., at p. 126).

[7] About three hours later, Cpl. Leibel called Mr. Janicki to find out if he was coming to the police station to meet with the appellant. Mr. Janicki said he would not be attending at the station because he did not yet have a Legal Aid retainer, but he asked to speak with the appellant again by phone. Another three-minute phone call ensued, again with the appellant in a private room. And again the appellant told Cpl. Leibel that he was satisfied with the call.

[8] Later that day, Mr. Sinclair was interviewed by Sgt. Skrine for approximately five hours. Before the interview began, Sgt. Skrine confirmed with Mr. Sinclair that he had been advised of and had exercised his right to counsel. The officer also warned Mr. Sinclair that he did not have to say anything and informed him that the interview was being recorded and could be used in court. Shortly thereafter, as Sgt. Skrine began to ask the appellant

matin du samedi 14 décembre 2002, par des membres du détachement de la GRC à Vernon (C.-B.).

[5] Dès son arrestation, M. Sinclair a été informé qu'il était arrêté pour le meurtre de M. Grice, qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, qu'il pouvait appeler l'avocat de son choix et qu'il était possible de consulter gratuitement un avocat de l'aide juridique. Lorsqu'on lui a demandé s'il voulait appeler un avocat, M. Sinclair a répondu : [TRADUCTION] « Pas pour l'instant » (d.a., p. 524). Il a ensuite été conduit au détachement de la GRC, ayant reçu l'assurance qu'il aurait de nouveau l'occasion de communiquer avec un avocat une fois sur place.

[6] Après sa mise en détention, on a demandé encore une fois à M. Sinclair s'il voulait exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Cette fois-ci, il a répondu au caporal Leibel qu'il voudrait parler avec un avocat nommé Victor S. Janicki, dont il avait retenu les services pour le défendre dans une autre affaire. La police a fait l'appel et l'appelant a parlé avec M^e^ Janicki pendant environ trois minutes dans une pièce fermée. Le caporal Leibel a demandé à l'appelant s'il était satisfait de l'appel, ce à quoi M. Sinclair a répondu : [TRADUCTION] « Ouais, il va s'occuper de mon dossier » (d.a., p. 126).

[7] Environ trois heures plus tard, le caporal Leibel a téléphoné à M^e^ Janicki pour savoir s'il venait au poste de police pour rencontrer l'appelant. M^e^ Janicki a dit qu'il ne viendrait pas parce qu'il n'avait pas encore reçu le mandat de représentation de l'aide juridique, mais il a demandé à reparler à l'appelant. Un autre appel de trois minutes s'en est suivi, là encore l'appelant se trouvait dans une pièce fermée. Et, une fois de plus, il a dit au caporal Leibel qu'il était satisfait de l'appel.

[8] Plus tard ce jour-là, le sergent Skrine a eu un entretien avec M. Sinclair pendant environ cinq heures. Auparavant, il a obtenu la confirmation de M. Sinclair qu'il avait été avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il l'avait exercé. Il a aussi averti M. Sinclair qu'il n'était pas obligé de parler et l'a informé que l'entretien était enregistré et pouvait être utilisé devant les tribunaux. Peu après, comme le sergent Skrine commençait à lui poser des

innocuous questions about his background and upbringing, Mr. Sinclair stated that he had nothing to say "until my lawyer's around and he tells me what's going on and stuff, like . . ." (Supp. A.R., at p. 3). Sgt. Skrine responded "fair enough", and confirmed that Mr. Sinclair indeed had the right not to speak. Sgt. Skrine also said that, as he understood the law in Canada, Mr. Sinclair had the right to consult his lawyer but did not have the right to have the lawyer present during questioning. The appellant appeared to accept this proposition, and the interview continued with Sgt. Skrine attempting to build trust with Mr. Sinclair while eliciting some preliminary information.

[9] Shortly thereafter, Mr. Sinclair again expressed discomfort with being interviewed in the absence of his lawyer. Sgt. Skrine reiterated to the appellant that he had the right to choose whether to talk or not. He also expressed the view that Mr. Sinclair's right to counsel had already been satisfied by the prior telephone calls. This explanation seemed to satisfy Mr. Sinclair for the time being, and the preliminary questioning continued.

[10] Later, when Sgt. Skrine started to ask questions about the crime scene, telling the appellant for the first time that they knew it was Mr. Grice's blood on the carpet in his hotel room, Mr. Sinclair stated: "Well I choose to say nothing at the moment" (Supp. A.R., at p. 43). Sgt. Skrine stated: "Fair enough", and continued to reveal details about the investigation. Shortly after, Mr. Sinclair reiterated that he was "not talking right now" and that he wanted to speak to his lawyer about all this. Sgt. Skrine told him that it was his decision whether to speak or not. The interview continued in this manner for some time. Altogether, Mr. Sinclair alternately expressed his desire to speak with his lawyer and his intention to remain silent on matters touching his involvement in the killing four or five times. Each time, Sgt. Skrine emphasized that it was Mr. Sinclair's choice to make. On one of these occasions, Mr. Sinclair expressed uncertainty about what he should do, stating the following:

questions parfaitement anodines sur son passé et son éducation, M. Sinclair a déclaré n'avoir rien à dire : [TRADUCTION] « jusqu'à ce que mon avocat soit là et me dise ce qui se passe et tout, comme . . . » (d.a. compl., p. 3). Le sergent Skrine a répondu [TRADUCTION] « très bien » et a confirmé que M. Sinclair avait bel et bien le droit de ne pas parler. Il a ajouté que, de la façon dont il comprenait le droit canadien, M. Sinclair avait le droit de consulter son avocat, mais qu'il n'avait pas droit à la présence d'un avocat pendant qu'on lui pose des questions. L'appelant a semblé accepter cette proposition et l'entretien s'est poursuivi alors que le sergent Skrine tentait de gagner la confiance de M. Sinclair tout en recueillant des renseignements préliminaires.

[9] Peu de temps après, M. Sinclair a de nouveau déclaré qu'il était mal à l'aise d'être questionné en l'absence de son avocat. Le sergent Skrine lui a répété qu'il avait le droit de choisir de parler ou de se taire. Il a aussi indiqué qu'il estimait que le droit de M. Sinclair à l'assistance d'un avocat avait déjà été respecté puisque ce dernier avait déjà eu la possibilité de téléphoner. Cette explication a semblé contenter M. Sinclair à ce moment-là et les questions préliminaires se sont poursuivies.

[10] Plus tard, lorsque le sergent Skrine a commencé à poser des questions sur le lieu du crime et a annoncé à l'appelant qu'on savait que c'était le sang de M. Grice qui était sur le tapis de sa chambre d'hôtel, M. Sinclair a déclaré : [TRADUCTION] « Et bien, je choisis de ne rien dire pour le moment » (d.a. compl., p. 43). Le sergent Skrine a répondu : [TRADUCTION] « Très bien », et a continué à dévoiler des détails de l'enquête. Peu après, M. Sinclair a répété qu'il [TRADUCTION] « ne parlait pas pour l'instant » et qu'il voulait consulter son avocat à ce sujet. Le sergent Skrine lui a indiqué qu'il lui revenait de décider de parler ou non. L'entretien s'est ainsi poursuivi pendant un certain temps. En tout, M. Sinclair a successivement exprimé quatre ou cinq fois le désir de parler à son avocat et son intention de garder le silence au sujet de son implication dans le meurtre. Chaque fois, le sergent Skrine a souligné que c'était à M. Sinclair de décider de parler ou non. À l'une de ces occasions, celui-ci a exprimé son incertitude sur ce qu'il devait faire :

Just don't know what to do right now. And that's why I say I wanna wait and think and muddle things through my mind and talk to my lawyer and talk to people I . . . and you don't seem to understand that either. It's like okay that's fine. I know you're trying to do your job. And I do think you're doing a good job, it's just I just don't know what to say at the moment. [Supp. A.R., at p. 77]

[11] Eventually, Sgt. Skrine began to get the kind of answers he was looking for. Mr. Sinclair commented: "You already knew all the answers before you even brought me into the room", and he began to describe what transpired between him and Mr. Grice (Supp. A.R., at p. 85). According to the appellant, the two men had been drinking liquor and Mr. Grice had been using cocaine in Mr. Sinclair's hotel room. They were both intoxicated. At one point, Mr. Grice approached the appellant holding a knife. The appellant thought that Mr. Grice wanted money for another fix and reacted by hitting him over the head with a frying pan. A struggle ensued, and the appellant ended up stabbing Mr. Grice several times and slitting his throat. He disposed of the body and the bloodied bedding in a dumpster.

[12] Later, the police placed Mr. Sinclair in a cell with an undercover officer. When the officer observed that Mr. Sinclair had been under questioning for a long time, Mr. Sinclair responded: "They've got me, the body, the sheets, the blood, the fibres on the carpet, witnesses. I'm going away for a long time but I feel relieved" (A.R., at p. 14). He explained that he would not have to keep looking over his shoulder for the police.

[13] Mr. Sinclair also accompanied the police to where Mr. Grice had been killed and participated in a re-enactment.

III. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia (Powers J.), 2003 BCSC 2040 (CanLII)*

[14] At trial, a *voir dire* was conducted to determine the admissibility of Mr. Sinclair's statements on common law and *Charter* grounds.

[TRADUCTION] Je ne sais pas quoi faire maintenant. Et c'est pourquoi je dis que je veux attendre et réfléchir, me remettre les idées en place et parler à mon avocat et parler à des gens, je [. . .] et vous ne semblez pas comprendre ça non plus. C'est comme okay, tout va bien. Je sais que vous essayez de faire votre travail. Et je pense que vous faites du bon travail, c'est juste que je ne sais pas quoi dire en ce moment. [d.a. compl., p. 77]

[11] Le sergent Skrine a finalement commencé à obtenir le genre de réponses qu'il voulait. M. Sinclair a déclaré : [TRADUCTION] « Vous connaissiez déjà toutes les réponses avant de m'amener ici », et il a commencé à révéler ce qui s'était passé entre M. Grice et lui (d.a. compl., p. 85). Selon l'appelant, les deux hommes avaient consommé de l'alcool et M. Grice avait pris de la cocaïne, dans la chambre d'hôtel de M. Sinclair. Ils étaient tous les deux ivres. À un certain moment, M. Grice s'est approché de l'appelant, un couteau à la main. Ce dernier pensait que M. Grice voulait de l'argent pour une autre dose et a réagi en le frappant à la tête avec une poêle à frire. Ils se sont battus et l'appelant a fini par poignarder M. Grice à plusieurs reprises et par lui trancher la gorge. Il a jeté le corps et la literie tachée de sang dans une benne.

[12] Plus tard, la police a mis M. Sinclair dans une cellule avec un agent d'infiltration. Quand l'agent a fait observer que M. Sinclair avait été questionné longtemps, celui-ci a répondu : [TRADUCTION] « Ils m'ont eu. Ils ont le corps, les draps, le sang, les fibres du tapis, des témoins. Je vais être en taule pour longtemps, mais je suis soulagé » (d.a., p. 14). Il a expliqué qu'il n'aurait plus à vivre dans la crainte d'être arrêté par la police.

[13] M. Sinclair a également accompagné la police à l'endroit où M. Grice avait été tué et a pris part à une reconstitution.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Powers), 2003 BCSC 2040 (CanLII)*

[14] Au procès, on a tenu un voir-dire pour déterminer l'admissibilité des déclarations de M. Sinclair en common law et selon la *Charte*.

[15] The trial judge held that the three statements (the initial interview, the exchange with the undercover officer, and the re-enactment) had been proven by the Crown to be voluntary beyond a reasonable doubt. Indeed, he noted that their voluntariness was not seriously contested. They were therefore admissible at common law. On the s. 10(*b*) *Charter* application, the trial judge held that Mr. Sinclair's right to counsel had been satisfied by the telephone calls prior to the interview. The trial judge explained that "once the person has been advised of their rights under Section 10(b), exercised those rights to retain and instruct counsel, . . . the police can then continue to interview them" (para. 115). In the absence of any change in circumstances, such as a change in jeopardy or an indication that the detainee does not understand his rights, the appropriate question that arises where a person's repeated requests for additional contact with counsel have been ignored is whether the detainee's will had been overborne within the meaning of the confessions rule. Section 10(*b*) offers no further protection in such circumstances. The statements were admitted and Mr. Sinclair was convicted of manslaughter.

B. *British Columbia Court of Appeal (Hall, Lowry and Frankel JJ.A.), 2008 BCCA 127, 169 C.R.R. (2d) 232*

[16] On appeal, Mr. Sinclair argued that the trial judge erred in holding that his right to counsel had not been violated. According to Mr. Sinclair, Sgt. Skrine's refusal to facilitate the appellant's repeated requests to speak with his lawyer during the course of the interview constituted a breach of s. 10(*b*). Mr. Sinclair did not contest the trial judge's finding that his statements were voluntary.

[17] Writing for a unanimous Court of Appeal, Frankel J.A. endorsed the trial judge's statement of the law and his application of it in this case. Relying on this Court's recent decision in *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, he stressed that the right to counsel needs to be understood in tandem with the right to silence, which it is meant to help

[15] Le juge du procès a conclu que le ministère public avait établi hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire des trois déclarations (l'entretien initial, l'échange avec l'agent d'infiltration et la reconstitution). Il a d'ailleurs noté que leur caractère volontaire n'a pas été contesté sérieusement. Elles étaient donc admissibles en common law. Quant à la demande fondée sur l'al. 10*b*) de la *Charte*, le juge du procès a conclu que le droit de M. Sinclair à l'assistance d'un avocat avait été respecté puisque ce dernier a fait des appels téléphoniques avant l'entretien. Il a expliqué que [TRADUCTION] « lorsqu'une personne a été informée des droits qui lui sont garantis par l'al. 10*b*), qu'elle a exercé le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, [. . .] la police peut poursuivre l'entretien » (par. 115). En l'absence de changement de circonstances, comme un changement du risque ou une indication que le détenu ne comprend pas ses droits, il convient de se demander, lorsque les demandes répétées d'une personne de communiquer de nouveau avec un avocat ont été ignorées, si la volonté du détenu a été ébranlée au sens de la règle des confessions. L'alinéa 10*b*) n'offre aucune autre protection dans de telles circonstances. Les déclarations ont été admises et M. Sinclair a été reconnu coupable d'homicide involontaire.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Lowry et Frankel), 2008 BCCA 127, 169 C.R.R. (2d) 232*

[16] En appel, M. Sinclair a fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il n'y a pas eu atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat. Selon M. Sinclair, le refus du sergent Skrine de donner suite à ses demandes répétées de parler à son avocat au cours de l'entretien constituait une violation de l'al. 10*b*). M. Sinclair n'a pas contesté la conclusion du juge du procès que ses déclarations étaient volontaires.

[17] Dans l'arrêt unanime qu'il a rédigé au nom de la Cour d'appel, le juge Frankel a souscrit à l'énoncé du droit du juge du procès ainsi qu'à l'application qu'il en a faite en l'espèce. Se fondant sur un arrêt récent de la Cour, *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, il a souligné que le droit à l'assistance d'un avocat doit être interprété en corrélation avec

protect. If, as held in *Singh*, there is no right to unilaterally cut off questioning by asserting the right to silence, no such right can be found under s. 10(*b*) either. Frankel J.A. explained:

> The right to counsel is intended to ensure that detainees receive immediate legal advice so that they will be able to make informed choices in their dealings with the police. As discussed in *Hebert* and *Singh*, once a detainee has exercised his or her right to counsel, the police are entitled to use legitimate means to persuade him or her to speak. I see no policy reason for providing a detainee, who does not have the right to terminate an interview by stating "I wish to remain silent", the peremptory right to do so by stating, "I want to talk to my lawyer again." [para. 40]

While special circumstances like a discrete change in jeopardy would require an additional opportunity to consult with counsel, no such circumstances were present in this case. It mattered not, therefore, how many times Mr. Sinclair may have asked to consult with counsel. Mr. Sinclair's appeal was dismissed and his conviction affirmed.

[18] On further appeal to this Court, Mr. Sinclair repeats the broad proposition advanced in the Court of Appeal below that s. 10(*b*) of the *Charter* imposes a duty on the police to discontinue questioning a detainee who has exercised the right to counsel when the detainee indicates a desire to speak with counsel again. He argues further that s. 10(*b*) requires the police to respect a detainee's request to have counsel present during a custodial interrogation.

IV. Analysis

A. *The Wording of Section 10(b) of the Charter*

[19] Section 10(*b*) of the *Charter* states that upon arrest or detention, a person has the right to "retain and instruct counsel without delay" ("*avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat*").

[20] Mr. Sinclair argues that the plain wording of s. 10(*b*) does not restrict the right to retain and

le droit au silence, auquel il donne appui. Si, comme il est indiqué dans *Singh*, les détenus n'ont pas le droit de mettre fin unilatéralement aux questions en invoquant le droit au silence, un tel droit ne peut se dégager de l'al. 10*b*). Le juge Frankel explique :

> [TRADUCTION] Le droit à l'assistance d'un avocat vise à ce que les détenus reçoivent des conseils juridiques immédiats pour pouvoir faire des choix éclairés dans leurs rapports avec la police. Comme l'indiquent les arrêts *Hebert* et *Singh*, une fois que le détenu a exercé son droit à l'assistance d'un avocat, la police peut utiliser des moyens légitimes pour l'encourager à parler. Je ne vois aucune raison de principe pour donner au détenu, qui n'a pas le droit de mettre fin à un entretien à des fins d'enquête en disant « je désire garder le silence », le droit péremptoire de le faire en affirmant « je veux reparler à mon avocat. » [par. 40]

Des circonstances spéciales, comme un changement net du risque, entraîneraient une nouvelle possibilité de consulter un avocat, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Par conséquent, peu importe le nombre de fois que M. Sinclair a demandé à consulter un avocat. L'appel de M. Sinclair a été rejeté et sa déclaration de culpabilité, confirmée.

[18] Devant la Cour, M. Sinclair reprend la thèse générale défendue en Cour d'appel selon laquelle l'al. 10*b*) de la *Charte* impose à la police l'obligation d'arrêter de questionner le détenu qui a déjà invoqué son droit à l'assistance d'un avocat s'il exprime le souhait de lui parler de nouveau. Il fait en outre valoir que l'al. 10*b*) exige que la police accède à la demande du détenu qui réclame la présence d'un avocat durant un interrogatoire sous garde.

IV. Analyse

A. *Le libellé de l'al. 10b) de la Charte*

[19] L'alinéa 10*b*) de la *Charte* dispose que chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention, « d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat » (« *retain and instruct counsel without delay* »).

[20] M. Sinclair soutient qu'il ressort du libellé même de l'al. 10*b*) que le droit de recourir à

instruct counsel to an initial, preliminary consultation. Section 10(*b*) speaks of a right, upon arrest or detention, to "retain and instruct counsel without delay". Although the wording makes clear that the right arises on detention, there is nothing on its face to indicate when the right is exhausted. It is argued that while the English words, "retain and instruct" can plausibly be read to connote a continuing right, the French version of s. 10(*b*) indicates this even more strongly ("*avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat*"). It is argued that the word "*assistance*" connotes the right to the ongoing help of a lawyer.

[21] Against these arguments, the Crown submits that the words "on arrest or detention" indicate a point in time, not a continuum. It is true, the Crown concedes, that "retain" and the French "*recours . . . à l'assistance*" can be read as suggesting continuity. But against this, the words "without delay" can be read to indicate a discrete period shortly following arrest or detention.

[22] The surrounding text of s. 10 does not greatly assist in resolving the debate on whether s. 10(*b*) confers initial or continuing rights. Section 10(*a*) provides the right on arrest or detention "to be informed promptly of the reasons therefor". This clearly confers a duty to give the detainee information at a discrete point in time; there is no requirement that the police convey this information more than once, unless the reasons themselves change: *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869. But the right of *habeas corpus* conferred by s. 10(*c*) is self-evidently a continuing right.

[23] We conclude that the language of s. 10(*b*) does not resolve the issue before us. A deeper purposive analysis is required.

B. *The Purpose of Section 10(b) of the Charter*

[24] The purpose of s. 10(*b*) is to provide a detainee with an opportunity to obtain legal advice relevant

l'assistance d'un avocat n'est pas limité à une consultation initiale et préliminaire. L'alinéa 10*b*) porte sur le droit, en cas d'arrestation ou de détention, « d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat ». Même si le texte révèle clairement que le droit découle de la détention, rien n'indique à première vue à quel moment il s'éteint. On fait valoir que, certes l'expression anglaise, « *retain and instruct* », peut vraisemblablement être interprétée de manière à sous-entendre un droit continu, mais la version française de l'al. 10*b*) le fait ressortir encore davantage (« avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat »). On soutient que le mot « assistance » suppose le droit de recourir en tout temps à l'aide d'un avocat.

[21] Pour faire contrepoids à ces arguments, le ministère public affirme que l'expression anglaise « *on arrest or detention* » indique un moment en particulier, et non un continuum. Il reconnaît que l'expression « recours [. . .] à l'assistance » et le terme anglais « *retain* » peuvent laisser entendre une continuité. Cependant, on peut considérer que « sans délai » indique une période précise peu de temps après l'arrestation ou la détention.

[22] Le contexte textuel de l'art. 10 n'aide guère à trancher le débat en ce qui a trait à la question de savoir si l'al. 10*b*) confère des droits initiaux ou des droits continus. L'alinéa 10*a*) accorde le droit, en cas d'arrestation ou de détention, « d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention ». Cela impose manifestement l'obligation d'informer le détenu à un moment en particulier; la police n'est pas tenue de transmettre cette information plus d'une fois, à moins d'un changement des motifs mêmes : *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869. Le droit d'*habeas corpus* prévu à l'al. 10*c*), par contre, est de toute évidence un droit continu.

[23] Nous concluons que le libellé de l'al. 10*b*) ne règle pas la question dont nous sommes saisis. Une analyse téléologique plus poussée s'impose.

B. *L'objet de l'al. 10b) de la Charte*

[24] L'alinéa 10*b*) vise à fournir au détenu l'occasion d'obtenir des conseils juridiques propres à sa

to his legal situation. In the context of a custodial interrogation, chief among the rights that must be understood by the detainee is the right under s. 7 of the *Charter* to choose whether to cooperate with the police or not.

[25] The purpose of s. 10(*b*) of the *Charter* and its relationship with the right to silence under s. 7 were stated by McLachlin J. (as she then was) in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77. These rights combine to ensure that a suspect is able to make a choice to speak to the police investigators that is both free and informed:

> Section 7 confers on the detained person the right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent. Section 10(*b*) requires that he be advised of his right to consult counsel and permitted to do so without delay.
>
> The most important function of legal advice upon detention is to ensure that the accused understands his rights, chief among which is his right to silence. . . . Read together, ss. 7 and 10(*b*) confirm the right to silence in s. 7 and shed light on its nature.
>
> The guarantee of the right to consult counsel confirms that the essence of the right is the accused's freedom to choose whether to make a statement or not. The state is not obliged to protect the suspect against making a statement; indeed it is open to the state to use legitimate means of persuasion to encourage the suspect to do so. The state is, however, obliged to allow the suspect to make an informed choice about whether or not he will speak to the authorities. To assist in that choice, the suspect is given the right to counsel. [Emphasis added.]

[26] The purpose of the right to counsel is "to allow the detainee not only to be informed of his rights and obligations under the law but, equally if not more important, to obtain advice as to how to exercise those rights": *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43. The emphasis, therefore, is on assuring that the detainee's decision to cooperate with the investigation or decline to do so is free and informed. Section 10(*b*) does not guarantee that the detainee's decision is wise; nor does it guard against subjective factors that may influence the decision. Its purpose is simply to give detainees

situation juridique. Dans le contexte d'un interrogatoire sous garde, le détenu doit tout particulièrement comprendre le droit que lui accorde l'art. 7 de la *Charte* de choisir de coopérer ou non avec la police.

[25] L'objet de l'al. 10*b*) de la *Charte* et son rapport avec le droit au silence qui découle de l'art. 7 ont été décrits par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 176-177. Ces deux droits s'allient pour faire en sorte que le suspect soit en mesure d'exercer un choix libre et éclairé quant à la décision de parler ou non aux enquêteurs de la police :

> L'article 7 confère à la personne détenue le droit de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. L'alinéa 10*b*) exige qu'elle soit avisée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse y avoir recours sans délai.
>
> La fonction la plus importante de l'avis juridique au moment de la détention est d'assurer que l'accusé comprenne quels sont ses droits dont le principal est le droit de garder le silence. [. . .] Pris ensemble, l'art. 7 et l'al. 10*b*) confirment le droit de garder le silence reconnu à l'art. 7 et nous éclairent sur sa nature.
>
> La garantie du droit de consulter un avocat confirme que l'essence du droit est la liberté de l'accusé de choisir de faire ou non une déclaration. L'État n'est pas tenu de garantir que le suspect ne fasse pas de déclaration; l'État est, en fait, libre d'utiliser des moyens de persuasion légitimes pour encourager le suspect à le faire. L'État est cependant tenu de permettre au suspect de faire un choix éclairé quant à savoir s'il parlera ou non aux autorités. Pour faciliter ce choix, le suspect a droit à l'assistance d'un avocat. [Nous soulignons.]

[26] Le droit à l'assistance d'un avocat a pour objet de « permettre à la personne détenue non seulement d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également, voire qui plus est, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits » : *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, p. 1242-1243. Il s'agit donc fondamentalement de faire en sorte que la décision du détenu de coopérer ou non à l'enquête soit à la fois libre et éclairée. L'alinéa 10*b*) ne garantit pas que le détenu prendra une sage décision, ni ne le met à l'abri de facteurs subjectifs susceptibles d'influer sur sa décision. Il

the opportunity to access legal advice relevant to that choice.

[27] Section 10(*b*) fulfills its purpose in two ways. First, it requires that the detainee be advised of his right to counsel. This is called the informational component. Second, it requires that the detainee be given an opportunity to exercise his right to consult counsel. This is called the implementational component. Failure to comply with either of these components frustrates the purpose of s. 10(*b*) and results in a breach of the detainee's rights: *Manninen*. Implied in the second component is a duty on the police to hold off questioning until the detainee has had a reasonable opportunity to consult counsel. The police obligations flowing from s. 10(*b*) are not absolute. Unless a detainee invokes the right and is reasonably diligent in exercising it, the correlative duties on the police to provide a reasonable opportunity and to refrain from eliciting evidence will either not arise in the first place or will be suspended: *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, at p. 439, and *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at pp. 154-55.

[28] Once informed of his right to consult counsel, the detainee may waive the right, deciding not to avail himself of the opportunity to consult that has been provided. The right to choose whether to cooperate with the police, the basic purpose of s. 10(*b*), has been respected in the event of a valid waiver, and there is consequently no breach.

[29] The s. 10(*b*) right to consult and retain counsel and to be advised of that right supports the broader s. 7 right to silence. However, it is not to be confused with the right to silence. An important purpose of legal advice is to inform the accused about his right to choose whether to cooperate with the police investigation and how to exercise it. Section 10(*b*) is a specific right directed at one aspect of protecting the right to silence — the opportunity to secure legal assistance. A given case may raise both s. 10(*b*) and s. 7 issues. Where it is alleged

vise simplement à fournir aux détenus la possibilité d'avoir accès à des conseils juridiques dans l'exercice de ce choix.

[27] L'alinéa 10*b*) remplit son objet de deux façons. Premièrement, il exige que le détenu soit informé de son droit à l'assistance d'un avocat. C'est le volet informationnel. Deuxièmement, il exige que le détenu ait la possibilité d'exercer son droit de consulter un avocat. C'est le volet mise en application. L'inobservation de l'un ou l'autre de ces volets va à l'encontre de l'objet de l'al. 10*b*) et constitue une atteinte aux droits du détenu : *Manninen*. Le deuxième volet comporte l'obligation pour la police de suspendre les questions jusqu'à ce que le détenu ait eu une possibilité raisonnable de consulter un avocat. Les obligations de la police qui découlent de l'al. 10*b*) ne sont pas absolues. À moins que le détenu n'invoque son droit et ne l'exerce d'une façon raisonnablement diligente, l'obligation correspondante pour la police de lui donner une possibilité raisonnable de l'exercer, ainsi que de s'abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve ne prendra pas naissance ou sera suspendue : *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, p. 439, et *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, p. 154-155.

[28] Une fois informé de son droit de consulter un avocat, le détenu peut y renoncer, c'est-à-dire décider de ne pas se prévaloir de la possibilité qui lui a été offerte de consulter un avocat. Le droit de choisir de coopérer ou non avec la police, objet fondamental de l'al. 10*b*), a été respecté en cas de renonciation valide, et il n'y a donc pas de violation.

[29] Le droit prévu à l'al. 10*b*) d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit donne appui au droit général de garder le silence garanti par l'art. 7. Il ne faut toutefois pas confondre les droits que confèrent ces deux dispositions. L'un des objectifs importants des conseils juridiques est d'informer l'accusé de son droit de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière et de la façon de l'exercer. L'alinéa 10*b*) prévoit un droit spécifique visant un aspect de la protection du droit au silence, à savoir la possibilité d'obtenir

under s. 7 and the confessions rule that a statement is involuntary because of denial of the right to consult counsel, the factual underpinning of the two inquiries may overlap: *Singh*. Yet they remain distinct inquiries. The fact that the police complied with s. 10(*b*) does not mean that a statement is voluntary under the confessions rule. Conversely, the fact that a statement is made voluntarily does not rule out breach of s. 10(*b*). It follows that *Singh*, which was concerned with the s. 7 right to silence, does not resolve the issue on this appeal.

[30] Mr. Sinclair argues that the purpose of s. 10(*b*) is broader than this. In his view, accepted by our colleagues LeBel and Fish JJ., the purpose of s. 10(*b*) is to advise the detainee on how to deal with police questions. The detainee, it is argued, is in the power of the police. The purpose of s. 10(*b*) is to restore a power-balance between the detainee and the police in the coercive atmosphere of the police investigation. On this view, the purpose of the right is not so much informational as protective.

[31] We cannot accept this view of the purpose of s. 10(*b*). As will be discussed more fully below, this view of s. 10(*b*) goes against 25 years of jurisprudence defining s. 10(*b*) in terms of the right to consult counsel to obtain information and advice immediately upon detention, but not as providing ongoing legal assistance during the course of the interview that follows, regardless of the circumstances.

[32] We conclude that in the context of a custodial interrogation, the purpose of s. 10(*b*) is to support the detainee's right to choose whether to cooperate with the police investigation or not, by giving him access to legal advice on the situation he is facing. This is achieved by requiring that he be informed of the right to consult counsel and, if he so requests, be given an opportunity to consult counsel.

l'assistance d'un avocat. Certaines situations peuvent mettre en jeu des questions relevant à la fois de l'al. 10*b*) et de l'art. 7. Lorsqu'il est allégué en vertu de l'art. 7 et de la règle des confessions qu'une déclaration n'est pas volontaire à cause de la dénégation du droit de consulter un avocat, les faits sur lesquels se fondent les deux examens peuvent se chevaucher : *Singh*. Les deux examens demeurent toutefois distincts. Le fait que la police se soit conformée à l'al. 10*b*) ne signifie pas que la déclaration a été faite volontairement selon la règle des confessions. À l'inverse, le fait qu'une déclaration soit volontaire n'écarte pas la possibilité d'une violation de l'al. 10*b*). Il s'ensuit que *Singh*, qui porte sur le droit de garder le silence garanti par l'art. 7, ne règle pas la question soulevée en l'espèce.

[30] M. Sinclair soutient que l'objet de l'al. 10*b*) est plus large. Selon lui, cette disposition vise à informer le détenu de la façon de réagir aux questions de la police, thèse acceptée par nos collègues les juges LeBel et Fish. Le détenu, fait-on valoir, est assujetti au pouvoir de la police. L'alinéa 10*b*) vise à rétablir l'équilibre des forces entre le détenu et la police dans l'atmosphère coercitive de l'enquête policière. Selon cette optique, le droit ne vise pas tant l'aspect informationnel que l'aspect protection.

[31] Nous ne pouvons accepter cette façon de voir l'objet de l'al. 10*b*). Comme nous le verrons plus en détail plus loin, un tel point de vue va à l'encontre de 25 années de jurisprudence en la matière, à savoir que cette disposition prévoit le droit de consulter un avocat pour obtenir renseignements et conseils dès le début de la détention, mais pas l'assistance continue d'un avocat au cours de l'entretien qui suit, quelles que soient les circonstances.

[32] Nous concluons que, dans le contexte d'un interrogatoire sous garde, l'al. 10*b*) vise à étayer le droit du détenu de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière, en lui donnant accès à des conseils juridiques sur sa situation. Pour que cet objectif soit réalisé, le détenu doit être informé de son droit de consulter un avocat et, s'il en fait la demande, doit se voir offrir la possibilité d'en consulter un.

C. *The Right to Have Counsel Present Throughout the Interview*

[33] Mr. Sinclair submits that s. 10(*b*) entitles a detainee to have a lawyer present, upon request, during the entirety of the interview.

[34] Precedent is against this interpretation of s. 10(*b*). While this Court has never ruled directly on the matter, lower courts appear to be unanimous that no such right exists in Canada: see, e.g., *R. v. Friesen* (1995), 101 C.C.C. (3d) 167 (Alta. C.A.); *R. v. Mayo* (1999), 133 C.C.C. (3d) 168 (Ont. C.A.); *R. v. Ekman*, 2000 BCCA 414, 146 C.C.C. (3d) 346. Most recently, in *R. v. Osmond*, 2007 BCCA 470, 227 C.C.C. (3d) 375 (leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xii), the Court of Appeal (*per* Donald J.A.) declined to entertain such a submission on the ground that it would reverse clear authority to the contrary. In *Friesen*, Côté J.A. expressed the prevailing view thus: "We should not (and cannot) change the law of Canada so as to forbid the police to talk to a detained suspect unless defence counsel sits in and rules on each question" (p. 182).

[35] The language of s. 10(*b*) does not appear to contemplate this requirement. Mr. Sinclair relies on an expansive construction of the word "instruct", together with an emphasis on the French "*l'assistance d'un avocat*". He argues that this wording "invites a broad and unrestricted interpretation focused on meeting the needs of [the detainee] whenever and wherever required" (A.F., at para. 63). While "retain and instruct" and their French equivalent reasonably connote more than a perfunctory consultation prior to interrogation, as discussed above, they do not necessarily imply the continued presence of counsel throughout the interview process.

[36] This returns us to the purpose of s. 10(*b*). As discussed above, it is to inform the detainee of his or her rights and provide the detainee with an opportunity to get legal advice on how to exercise

C. *Le droit d'avoir un avocat présent pendant toute la durée de l'entretien*

[33] M. Sinclair affirme que l'al. 10*b*) donne au détenu le droit d'avoir, sur demande, un avocat présent pendant toute la durée de l'entretien.

[34] Les précédents vont à l'encontre de cette interprétation de l'al. 10*b*). La Cour ne s'est jamais prononcée directement sur la question, mais les tribunaux d'instance inférieure semblent être unanimes pour dire qu'un tel droit n'existe pas au Canada : voir, p. ex., *R. c. Friesen* (1995), 101 C.C.C. (3d) 167 (C.A. Alb.); *R. c. Mayo* (1999), 133 C.C.C. (3d) 168 (C.A. Ont.); *R. c. Ekman*, 2000 BCCA 414, 146 C.C.C. (3d) 346. Plus récemment, dans *R. c. Osmond*, 2007 BCCA 470, 227 C.C.C. (3d) 375 (autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xii), la Cour d'appel (le juge Donald) a refusé de faire droit à un tel argument au motif qu'il renverserait une jurisprudence claire indiquant le contraire. Dans *Friesen*, le juge Côté a exprimé ainsi la position prépondérante : [TRADUCTION] « Nous ne devrions pas (et ne pouvons) modifier le droit canadien de façon à interdire à la police de parler à un suspect détenu sauf si l'avocat de la défense est présent et se prononce sur chaque question » (p. 182).

[35] Le libellé de l'al. 10*b*) ne semble pas envisager une telle exigence. M. Sinclair se fonde sur une interprétation vaste du verbe anglais « *instruct* », tout en insistant sur le terme « l'assistance d'un avocat » dans le texte français. Il soutient que ce libellé [TRADUCTION] « invite à une interprétation large et sans réserve axée sur la satisfaction des besoins [du détenu] en tout temps et en tout lieu » (m.a., par. 63). Certes, il est raisonnable d'estimer que l'expression « *retain and instruct* » et son équivalent français supposent plus qu'une consultation superficielle avant l'interrogatoire, comme nous l'avons déjà mentionné, mais ils n'impliquent pas nécessairement la présence continue d'un avocat pendant toute la durée de l'entretien.

[36] Cela nous ramène à l'objet de l'al. 10*b*). Répétons-le, cette disposition vise à informer le détenu de ses droits et à lui donner la possibilité d'obtenir des conseils juridiques sur la façon de les

them. These purposes can be achieved by the right to re-consult counsel where developments make this necessary, as discussed below. They do not demand the continued presence of counsel throughout the interview process.

[37] Mr. Sinclair argues that other countries recognize a right to have counsel present throughout a police interview (see *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), and *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964)), and that Canada should do the same. He relies on academic commentary. See L. Stuesser "The Accused's Right to Silence: No Doesn't Mean No" (2002), 29 *Man. L.J.* 149, at p. 150.

[38] We are not persuaded that the *Miranda* rule should be transplanted in Canadian soil. The scope of s. 10(*b*) of the *Charter* must be defined by reference to its language; the right to silence; the common law confessions rule; and the public interest in effective law enforcement in the Canadian context. Adopting procedural protections from other jurisdictions in a piecemeal fashion risks upsetting the balance that has been struck by Canadian courts and legislatures.

[39] Significant differences exist between the Canadian and American regimes. *Miranda* came about in response to abusive police tactics then prevalent in the U.S., and applies in the context of a host of other rules that are less favourable to the accused than their equivalents in Canada. For example, *Miranda* applies only to persons "in custody". Custody, for these purposes, means "'formal arrest or restraint on freedom of movement' [to] the degree associated with a formal arrest": *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983), at p. 1125; *Yarborough v. Alvarado*, 541 U.S. 652 (2004). The Canadian understanding of psychological detention triggering s. 10(*b*) is more expansive: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 44. Moreover, breach of the *Miranda* rule does not prohibit use at trial of the detainee's evidence for the purpose of impeaching the accused's

exercer. Il est possible de réaliser ces objectifs en accordant au détenu le droit de consulter de nouveau un avocat lorsque de nouveaux faits rendent cette mesure nécessaire, comme nous le verrons ci-dessous. Ces objectifs n'exigent pas la présence continue d'un avocat pendant toute la durée de l'entretien.

[37] M. Sinclair fait valoir que d'autres pays reconnaissent le droit à la présence d'un avocat pendant toute la durée d'un entretien de police (voir *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), et *Escobedo c. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964)), et que le Canada devrait faire de même. Il s'appuie sur la doctrine en la matière. Voir L. Stuesser : « The Accused's Right to Silence : No Doesn't Mean No » (2002), 29 *Man. L.J.* 149, p. 150.

[38] Nous ne sommes pas convaincues que la règle *Miranda* devrait être implantée en droit canadien. La portée de l'al. 10*b*) de la *Charte* est définie par rapport à son texte, au droit au silence, à la règle des confessions reconnue en common law et à l'intérêt public à ce que les lois soient appliquées effectivement dans le contexte canadien. Adopter des protections procédurales d'autres ressorts de façon fragmentaire risque de compromettre l'équilibre établi par les tribunaux et les organes législatifs canadiens.

[39] Il existe des différences significatives entre le régime canadien et le régime américain. L'arrêt *Miranda* faisait suite aux tactiques policières abusives alors courantes aux États-Unis et il s'applique dans le contexte de nombreuses autres règles moins favorables à l'accusé que leurs équivalents canadiens. Par exemple, il ne s'applique qu'aux personnes « en détention ». À cet égard, la détention s'entend d'une [TRADUCTION] « "arrestation formelle ou entrave formelle à la liberté de mouvement" comparable à celle associée à une arrestation formelle » : *California c. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983), p. 1125; *Yarborough c. Alvarado*, 541 U.S. 652 (2004). Au Canada, la définition de détention psychologique déclenchant l'application de l'al. 10*b*) est plus large : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 44. En outre, une violation de la règle *Miranda* n'empêche ni l'utilisation du témoignage du détenu

testimony at trial (*Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Oregon v. Hass*, 420 U.S. 714 (1975)), nor prohibit the introduction at trial of real derivative evidence (*United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004)). By contrast, Canadian rules on the admissibility of evidence obtained in violation of s. 10(*b*) are much more favourable to the accused: see *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, at para. 55; *Grant*, at paras. 116-28.

[40] Additionally, the empirical research on *Miranda* has not reached a definitive conclusion as to the nature or magnitude of its effects. Some have posited that it has had a detrimental effect on law enforcement. Others have vigorously contested such empirical conclusions. See generally, e.g., P. G. Cassell, "*Miranda*'s Social Costs: An Empirical Reassessment" (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 387; P. G. Cassell and R. Fowles, "Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on *Miranda*'s Harmful Effects on Law Enforcement" (1997-1998), 50 *Stan. L. Rev.* 1055; S. J. Schulhofer, "*Miranda*'s Practical Effect: Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs" (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500. Whatever the merit of these arguments, the existence of such a controversy should signal caution in relying on any empirical conclusions about *Miranda* in departing from our own constitutional traditions.

[41] Moreover, any inferences drawn from the American experience as to the effects on law enforcement of a *Miranda*-type regime must be tempered by the fact that about 80 percent of suspects ultimately waive their *Miranda* rights: see, e.g., P. G. Cassell and B. S. Hayman, "Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of *Miranda*" (1995-1996), 43 *U.C.L.A. L. Rev.* 839; R. A. Leo, "Inside the Interrogation Room" (1995-1996), 86 *J. Crim. L. & Criminology* 266. This has led some authors to assert that *Miranda* provides only illusory protections to the vast majority of individuals who are subjected to custodial interrogation: see C. D. Weisselberg, "Mourning *Miranda*" (2008), 96 *Cal. L. Rev.* 1519;

lors du procès pour attaquer la crédibilité de l'accusé à ce moment-là (*Harris c. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Oregon c. Hass*, 420 U.S. 714 (1975)) ni la présentation, au procès, de preuve matérielle dérivée (*United States c. Patane*, 542 U.S. 630 (2004)). Par contre, les règles canadiennes sur l'admissibilité de la preuve obtenue en violation de l'al. 10*b*) sont beaucoup plus favorables à l'accusé : voir *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, par. 55; *Grant*, par. 116-128.

[40] De plus, les recherches empiriques sur *Miranda* n'ont pas permis d'arriver à une conclusion définitive sur la nature ou l'ampleur de ses effets. Certains ont postulé que cet arrêt a eu un effet préjudiciable sur l'application de la loi. D'autres ont vigoureusement contesté de telles conclusions empiriques. Voir de façon générale, p. ex., P. G. Cassell, « *Miranda*'s Social Costs : An Empirical Reassessment » (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 387; P. G. Cassell et R. Fowles, « Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on *Miranda*'s Harmful Effects on Law Enforcement » (1997-1998), 50 *Stan. L. Rev.* 1055; S. J. Schulhofer, « *Miranda*'s Practical Effect : Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs » (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500. Quelle que soit la valeur de ces arguments, l'existence d'une telle controverse montre qu'il faut faire preuve de prudence avant de s'appuyer sur des conclusions empiriques sur *Miranda* pour s'écarter de nos propres traditions constitutionnelles.

[41] Ajoutons que toute inférence tirée de l'expérience américaine au sujet des effets d'un régime de type *Miranda* sur l'application de la loi doit être tempérée par le fait qu'environ 80 p. 100 des suspects renoncent en fin de compte aux droits que leur reconnaît *Miranda* : voir, p. ex., P. G. Cassell et B. S. Hayman, « Police Interrogation in the 1990s : An Empirical Study of the Effects of *Miranda* » (1995-1996), 43 *U.C.L.A. L. Rev.* 839; R. A. Leo, « Inside the Interrogation Room » (1995-1996), 86 *J. Crim. L. & Criminology* 266. Cela a conduit certains auteurs à affirmer que *Miranda* n'offre que des protections illusoires à la vaste majorité des individus soumis à l'interrogatoire sous garde : voir C. D. Weisselberg, « Mourning *Miranda* » (2008), 96

R. J. Allen, "*Miranda*'s Hollow Core" (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71; M. A. Godsey, "Reformulating the *Miranda* Warnings in Light of Contemporary Law and Understandings" (2006), 90 *Minn. L. Rev.* 781.

[42] We conclude that s. 10(*b*) should not be interpreted as conferring a constitutional right to have a lawyer present throughout a police interview. There is of course nothing to prevent counsel from being present at an interrogation where all sides consent, as already occurs. The police remain free to facilitate such an arrangement if they so choose, and the detainee may wish to make counsel's presence a precondition of giving a statement.

D. *The Right to Reconsult Counsel*

(a) Overview of the Jurisprudence

[43] The authorities suggest that normally, s. 10(*b*) affords the detainee a single consultation with a lawyer. However, they also recognize that in some circumstances, a further opportunity to consult a lawyer may be constitutionally required. These circumstances, as discussed more fully below, generally involve a material change in the detainee's situation after the initial consultation.

[44] The "single consultation" interpretation of s. 10(*b*) was forcefully expressed in *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (Ont. C.A.). After reviewing the authorities, the court stated, at p. 381:

The clear implication in the judgment of Lamer J. in *Manninen* is that s. 10(*b*) confers the right, upon arrest or detention, to retain, instruct and be instructed by counsel *before* any statements of the accused are elicited. The words "*upon* arrest or detention" indicate a point in time, not a continuum. They do not deal with a continuing right to be reinstructed before every occasion on which the police obtain a statement from the accused. It is true that "retain" has a connotation of continuity (The Shorter Oxford English Dictionary (1973), p. 1813), but this is with respect to the engagement of services, *i.e.*, the availability and subsequent resort to them when one wants to do so. It does not express a

Cal. L. Rev. 1519; R. J. Allen, « *Miranda*'s Hollow Core » (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71; M. A. Godsey, « Reformulating the *Miranda* Warnings in Light of Contemporary Law and Understandings » (2006), 90 *Minn. L. Rev.* 781.

[42] Nous concluons que l'al. 10*b*) ne devrait pas être interprété de manière à conférer le droit constitutionnel d'avoir un avocat présent pendant toute la durée d'un entretien de police. Bien sûr, rien n'empêche un avocat d'être présent à l'interrogatoire avec le consentement de toutes les parties, comme cela se produit déjà. La police demeure libre de faciliter un tel arrangement si elle choisit de le faire, et le détenu pourrait vouloir demander, comme condition préalable à sa déclaration, la présence d'un avocat.

D. *Le droit de consulter de nouveau un avocat*

a) Aperçu de la jurisprudence

[43] Il ressort de la jurisprudence que normalement l'al. 10*b*) accorde au détenu une seule consultation avec un avocat. Toutefois, il est également reconnu que, dans certaines circonstances, la Constitution exige qu'on accorde au détenu une nouvelle possibilité de consulter un avocat. Comme nous l'expliquerons davantage plus loin, il s'agit généralement des cas où se produit un changement important de la situation du détenu après la consultation initiale.

[44] L'interprétation selon laquelle l'al. 10*b*) prévoit une seule consultation avec un avocat a été clairement exposée dans *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (C.A. Ont.). Après avoir examiné la jurisprudence, la cour a déclaré :

[TRADUCTION] Il ressort clairement de la décision du juge Lamer dans *Manninen* que l'al. 10*b*) confère le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé par l'avocat, *avant* qu'on puisse soutirer des déclarations de l'accusé. L'expression « *en cas* d'arrestation ou de détention » indique un moment en particulier et non un continuum. Il ne porte pas sur le droit continu de consulter un avocat chaque fois que la police risque d'obtenir une déclaration de l'accusé. Il est vrai que le mot « *retain* » donne une idée de continuité (*The Shorter Oxford English Dictionary* (1973), p. 1813), mais il concerne la fourniture de services, c.-à-d. la disponibilité de ces services et

prerequisite to every subsequent elicitation of information. [Underlining added.]

[45] Many courts of appeal have agreed: see *R. v. Wood* (1994), 94 C.C.C. (3d) 193 (N.S.C.A.); *R. v. Gormley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 110 (P.E.I.S.C., App. Div.); *R. v. Baidwan*, 2001 BCSC 1412, [2001] B.C.J. No. 3073 (QL), aff'd 2003 BCCA 351, [2003] B.C.J. No. 1439 (QL); *R. v. Bohnet*, 2003 ABCA 207, 111 C.R.R. (2d) 131; *R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 243 C.C.C. (3d) 134; *R. v. Weeseekase*, 2007 SKCA 115, 228 C.C.C. (3d) 117. See also, to the contrary, *R. v. R. (P.L.)* (1988), 44 C.C.C. (3d) 174 (N.S.S.C., App. Div.); *Osmond*; and *R. v. Badgerow*, 2008 ONCA 605, 237 C.C.C. (3d) 107, *per* Simmons J.A.

[46] This Court has not definitively pronounced itself on the matter, although it has recognized the need for a second opportunity to consult counsel in situations where changed circumstances make this necessary: see *Evans*; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *Black*; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236. We now turn to these cases.

(b) When a Right to Further Legal Consultation Has Been Upheld

[47] Section 10(*b*) should be interpreted in a way that fully respects its purpose of supporting the detainee's s. 7 right to choose whether or not to cooperate with the police investigation. Normally, this purpose is achieved by a single consultation at the time of detention or shortly thereafter. This gives the detainee the information he needs to make a meaningful choice as to whether to cooperate with the investigation or decline to do so. However, as the cases illustrate, sometimes developments occur which require a second consultation, in order to allow the accused to get the advice he needs to exercise his right to choose in the new situation.

[48] The general idea that underlies the cases where the Court has upheld a second right to consult with counsel is that changed circumstances suggest that reconsultation is necessary in order for the detainee to have the information relevant

leur utilisation par la suite, au moment voulu. Il ne crée pas une condition préalable à toute obtention de renseignements subséquente. [Nous soulignons; p. 381.]

[45] Plusieurs cours d'appel ont retenu ce point de vue : *R. c. Wood* (1994), 94 C.C.C. (3d) 193 (C.A.N.-É.); *R. c. Gormley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 110 (C.S.Î.-P.-É., Div. app.); *R. c. Baidwan*, 2001 BCSC 1412, [2001] B.C.J. No. 3073 (QL), conf. par 2003 BCCA 351, [2003] B.C.J. No. 1439 (QL); *R. c. Bohnet*, 2003 ABCA 207, 111 C.R.R. (2d) 131; *R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 243 C.C.C. (3d) 134; *R. c. Weeseekase*, 2007 SKCA 115, 228 C.C.C. (3d) 117. Voir également la jurisprudence contraire : *R. c. R. (P.L.)* (1988), 44 C.C.C. (3d) 174 (C.S.N.-É., Div. app.); *Osmond*; et *R. c. Badgerow*, 2008 ONCA 605, 237 C.C.C. (3d) 107, la juge Simmons.

[46] Bien qu'elle ait reconnu qu'une deuxième consultation s'impose lorsqu'un changement de situation la rend nécessaire, la Cour ne s'est pas prononcée de façon définitive sur la question : voir *Evans*; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *Black*; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236. Nous examinons maintenant ces arrêts.

b) Cas où le droit à une nouvelle consultation avec un avocat a été reconnu

[47] Il faut interpréter l'al. 10*b*) de manière à respecter pleinement son objet d'étayer le droit du détenu, prévu par l'art. 7, de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière. Normalement, une seule consultation, au moment de la mise en détention ou peu après celle-ci, suffit pour atteindre cet objectif. Le détenu peut ainsi obtenir les renseignements dont il a besoin pour faire un choix utile quant à savoir s'il coopérera ou non à l'enquête. Toutefois, comme il ressort de la jurisprudence, il peut se produire des faits nouveaux qui rendent nécessaire une deuxième consultation pour permettre à l'accusé d'obtenir les conseils dont il a besoin pour exercer son droit de choisir dans la nouvelle situation.

[48] Selon l'idée générale qui se dégage des arrêts où la Cour a reconnu un deuxième droit de consulter un avocat, le changement de circonstances tend à indiquer qu'une nouvelle consultation s'impose pour permettre au détenu d'obtenir les renseignements

to choosing whether to cooperate with the police investigation or not. The concern is that in the new or newly revealed circumstances, the initial advice may no longer be adequate.

[49] The police, of course, are at liberty to facilitate any number of further consultations with counsel. In some circumstances, the interrogator may even consider it a useful technique to reassure the detainee that further access to counsel will be available if needed. For example, in the companion case of *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429, a skilled interrogator commenced the interview by making it clear to the detainee that he would be free at any time during the interview to stop and call a lawyer. The question here is when a further consultation is *required* under s. 10(*b*) of the *Charter*. For the purpose of providing guidance to investigating police officers, it is helpful to indicate situations in which it appears clear that a second consultation with counsel is so required. The categories are not closed. However, additions to them should be developed only where necessary to ensure that s. 10(*b*) has achieved its purpose.

1. *New Procedures Involving the Detainee*

[50] The initial advice of legal counsel will be geared to the expectation that the police will seek to question the detainee. Non-routine procedures, like participation in a line-up or submitting to a polygraph, will not generally fall within the expectation of the advising lawyer at the time of the initial consultation. It follows that to fulfill the purpose of s. 10(*b*) of providing the detainee with the information necessary to making a meaningful choice about whether to cooperate in these new procedures, further advice from counsel is necessary: *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3.

2. *Change in Jeopardy*

[51] The detainee is advised upon detention of the reasons for the detention: s. 10(*a*). The s. 10(*b*) advice and opportunity to consult counsel follows this. The advice given will be tailored to the situation as the detainee and his lawyer then understand

dont il a besoin pour choisir de coopérer ou non à l'enquête policière. On craint, en effet, que les conseils reçus initialement ne soient plus adéquats par suite du changement de situation ou des faits nouvellement révélés.

[49] Il est évident que la police est libre de faciliter toute consultation supplémentaire avec un avocat. Il arrive parfois que l'interrogateur considère même comme une technique utile de rassurer le détenu sur la possibilité pour celui-ci de consulter de nouveau, au besoin, un avocat. Par exemple, dans le pourvoi connexe *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429, un interrogateur habile a commencé l'entretien en indiquant clairement au détenu qu'il était libre d'arrêter et d'appeler un avocat au cours de l'entretien. Il s'agit en l'espèce de se demander quand une consultation supplémentaire est *requise* aux termes de l'al. 10*b*) de la *Charte*. Il est utile d'indiquer à l'intention des interrogateurs de la police les situations où il ne fait aucun doute qu'une deuxième consultation s'impose. Les catégories ne sont pas limitatives. Toutefois, il ne faudrait ajouter que les cas où il est nécessaire d'accorder une autre consultation pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*).

1. *Mesures additionnelles visant le détenu*

[50] Les conseils donnés initialement par l'avocat seront orientés en fonction de ses attentes, à savoir que la police cherche à poser des questions au détenu. L'avocat chargé de conseiller le détenu au moment de la consultation initiale ne s'attend généralement pas à des mesures peu habituelles, comme une séance d'identification ou un test polygraphique. Il s'ensuit qu'une nouvelle consultation est nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*) de fournir au détenu les renseignements dont il a besoin pour choisir, de façon éclairée, de coopérer ou non à ces mesures additionnelles : *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3.

2. *Changement du risque*

[51] Le détenu est informé dès le début de sa détention des raisons qui l'ont motivée : al. 10*a*). Viennent ensuite les conseils juridiques et la possibilité de consulter un avocat dont il est question à l'al. 10*b*). Les conseils donnés seront en fonction de

it. If the investigation takes a new and more serious turn as events unfold, that advice may no longer be adequate to the actual situation, or jeopardy, the detainee faces. In order to fulfill the purpose of s. 10(*b*), the detainee must be given a further opportunity to consult with counsel and obtain advice on the new situation. See *Evans* and *Black*.

3. *Reason to Question the Detainee's Understanding of His Section 10(b) Right*

[52] If events indicate that a detainee who has waived his right to counsel may not have understood his right, the police should reiterate his right to consult counsel, to ensure that the purpose of s. 10(*b*) is fulfilled: *Prosper*. More broadly, this may be taken to suggest that circumstances indicating that the detainee may not have understood the initial s. 10(*b*) advice of his right to counsel impose on the police a duty to give him a further opportunity to talk to a lawyer. Similarly, if the police undermine the legal advice that the detainee has received, this may have the effect of distorting or nullifying it. This undercuts the purpose of s. 10(*b*). In order to counteract this effect, it has been found necessary to give the detainee a further right to consult counsel. See *Burlingham*.

(c) The General Principle Emerging From the Cases

[53] The general principle underlying the cases discussed above is this: where a detainee has already retained legal advice, the implementational duty on the police under s. 10(*b*) includes an obligation to provide the detainee with a reasonable opportunity to consult counsel again where a change of circumstances makes this necessary to fulfill the purpose of s. 10(*b*) of the *Charter* of providing the detainee with legal advice on his choice of whether to cooperate with the police investigation or decline to do so.

[54] The cases thus far offer examples of situations where the right of another consultation arises.

la situation, telle que le détenu et son avocat la comprennent à ce stade. Si l'enquête prend une tournure nouvelle et plus grave au fur et à mesure du déroulement des événements, il se peut que ces conseils ne soient plus adéquats compte tenu de la situation ou du risque réels auxquels est confronté le détenu. Pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*), le détenu doit avoir la possibilité de consulter de nouveau un avocat et d'obtenir des conseils au sujet de la nouvelle situation. Voir *Evans* et *Black*.

3. *Raisons de se demander si le détenu comprend le droit que lui confère l'al. 10b)*

[52] S'il ressort des événements que le détenu qui a renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat n'a peut-être pas compris son droit, la police doit l'en informer de nouveau pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*) : *Prosper*. En termes généraux, cela peut vouloir dire que, si les circonstances indiquent que le détenu n'a peut-être pas compris les conseils reçus initialement en vertu de l'al. 10*b*) au sujet de son droit à l'assistance d'un avocat, la police a l'obligation de lui accorder de nouveau la possibilité de parler à un avocat. De même, si la police dénigre les conseils juridiques reçus par le détenu, cela peut avoir pour effet de les dénaturer ou de les réduire à néant, ce qui mine l'objet de l'al. 10*b*). Pour faire contrepoids à cet effet, on a estimé nécessaire d'accorder de nouveau au détenu le droit de consulter un avocat. Voir *Burlingham*.

c) Le principe général qui se dégage de la jurisprudence

[53] Le principe général sur lequel reposent les arrêts examinés ci-dessus est le suivant : si le détenu a déjà reçu des conseils juridiques, la police a, dans le cadre de la mise en application, notamment l'obligation prévue à l'al. 10*b*) de lui fournir une possibilité raisonnable de consulter de nouveau un avocat si, par suite d'un changement de circonstances, cette mesure est nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*) de la *Charte* de fournir au détenu des conseils juridiques quant à son choix de coopérer ou non à l'enquête policière.

[54] La jurisprudence jusqu'à maintenant offre des exemples de situations où intervient le droit à une

However, the categories are not closed. Where the circumstances do not fall into a situation previously recognized, the question is whether a further opportunity to consult a lawyer is necessary to fulfill s. 10(*b*)'s purpose of providing the detainee with advice in the new or emergent situation.

[55] The change of circumstances, the cases suggest, must be objectively observable in order to trigger additional implementational duties for the police. It is not enough for the accused to assert, after the fact, that he was confused or needed help, absent objective indicators that renewed legal consultation was required to permit him to make a meaningful choice as to whether to cooperate with the police investigation or refuse to do so.

[56] As we read his reasons, Binnie J. agrees that allowing further consultations with counsel is constitutionally mandated where developing circumstances make this necessary to serve the purpose underlying s. 10(*b*). However, he would go further and expand the category of cases where this right arises to include all situations where the detainee reasonably requests this in the course of a custodial interview. He then sets out a non-exhaustive list of factors which may provide reasonable grounds for a further consultation for the guidance of police and reviewing courts (para. 106).

[57] As we see it, an approach which would require that questioning be suspended pending a reasonable opportunity to consult further with counsel whenever there is "objective support" to think that the detainee may require further legal advice is not sufficiently connected to the purpose of ensuring that the detainee remains properly advised about how to exercise his or her rights. It is assumed that the initial legal advice received was sufficient and correct in relation to how the detainee should exercise his or her rights in the context of the police investigation. The failure to provide an additional opportunity to consult counsel will constitute a

autre consultation. Toutefois, les catégories ne sont pas limitatives. Lorsque les circonstances ne correspondent pas à une situation reconnue à ce jour, il s'agit de se demander s'il faut accorder une nouvelle possibilité de consulter un avocat pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*) de fournir au détenu des conseils dans sa situation nouvelle ou émergente.

[55] D'après la jurisprudence, le changement de circonstances doit être objectivement observable pour donner naissance à de nouvelles obligations pour la police en matière de mise en application. Il ne suffit pas que l'accusé affirme, après coup, qu'il n'avait pas bien compris ou qu'il avait besoin d'aide alors qu'il n'existe aucun élément objectif indiquant qu'une nouvelle consultation juridique était nécessaire pour lui permettre d'exercer un choix utile pour ce qui est de coopérer ou non à l'enquête policière.

[56] Selon notre interprétation de ses motifs, le juge Binnie reconnaît que la Constitution exige que l'on accorde d'autres consultations avec un avocat si de nouvelles circonstances rendent cette mesure nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*). Cependant, il irait jusqu'à étendre la catégorie des cas où ce droit prend naissance, de manière à englober toutes les situations où le détenu fait une demande raisonnable à cet effet dans le cadre d'un entretien sous garde. Il établit ensuite à l'intention de la police et des tribunaux de révision une liste non exhaustive de facteurs qui peuvent fournir des motifs raisonnables pour accorder une autre consultation (par. 106).

[57] Pour autant que nous puissions en juger, la thèse selon laquelle il faut suspendre les questions jusqu'à ce que le détenu ait une possibilité raisonnable de consulter de nouveau un avocat — s'il existe un « fondement objectif » pour penser que le détenu peut avoir besoin d'autres conseils juridiques — n'est pas suffisamment liée à l'objectif de veiller à ce que le détenu demeure bien informé de la façon d'exercer ses droits. On suppose que les conseils juridiques reçus initialement sont suffisants et bons quant à la façon dont le détenu devrait exercer ses droits dans le cadre de l'enquête policière. Le fait de ne pas accorder une nouvelle consultation constitue

breach of s. 10(*b*) only when it becomes clear, as a result of changed circumstances or new developments, that the initial advice, viewed contextually, is no longer sufficient or correct. This is consistent with the purpose of s. 10(*b*) to ensure that the detainee's decision to cooperate with the police or not is informed as well as free. Our colleague's proposed test does not, in our respectful view, capture the circumstances in which additional advice may be required.

[58] Further, this aspect of the test gives the detainee an additional, vaguely described and unnecessary tool to control the interrogation, a tool more likely to be of benefit to the sophisticated than to the vulnerable. Detainees have an absolute right to silence and, therefore, ultimate control over the interrogation. They have the right not to say anything, to decide what to say and when. It must be remembered that the opportunity to consult again with counsel is accompanied by a duty on the police to hold off further questioning until that consultation has taken place or a reasonable opportunity for it to occur has been provided. This may well result in long delays in pursuing the interrogation. A person's *Charter* rights "must be exercised in a way that is reconcilable with the needs of society": *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368, at p. 385. The purpose of the right to counsel is not to permit suspects, particularly sophisticated and assertive ones, to delay "needlessly and with impunity an investigation and even, in certain cases, to allow for an essential piece of evidence to be lost, destroyed or [for whatever reasons, made] impossible to obtain": *Smith*, at p. 385. This, however, is the likely result of Binnie J.'s proposed approach, in our view.

[59] Finally, the proposed test is so vague that it is impractical. No doubt, courts over the years would sort out these problems as best they can. But these efforts will leave a trail of *Charter* motions, appeals and second trials in their wake. In our respectful view, there is no constitutional need for any of this.

une violation de l'al. 10*b*) seulement s'il devient clair, par suite d'un changement de circonstances ou de faits nouveaux, que les conseils reçus au départ, compte tenu du contexte, ne suffisent plus ou ne sont plus bons. Cette façon de voir est compatible avec l'objet de l'al. 10*b*) de veiller à ce que la décision du détenu de coopérer ou non avec la police soit à la fois informée et libre. Le test proposé par notre collègue ne prend pas en compte, soit dit en tout respect, les circonstances où des conseils supplémentaires peuvent s'imposer.

[58] Par ailleurs, cet aspect du test donne sans raison au détenu un outil supplémentaire, vaguement décrit, pour contrôler l'interrogatoire; c'est un outil plus susceptible de profiter aux personnes bien avisées qu'aux vulnérables. Les détenus ont le droit absolu de garder le silence et, par conséquent, l'ultime contrôle de l'interrogatoire. Ils ont le droit de ne rien dire, de décider de ce qu'ils veulent dire et quand le dire. Il ne faut pas oublier que la possibilité de consulter de nouveau un avocat va de pair avec l'obligation pour la police de suspendre les questions jusqu'à ce que le détenu ait consulté un avocat ou qu'on lui ait accordé une possibilité raisonnable de le faire. Il se peut fort bien qu'on ait à attendre longtemps avant de pouvoir poursuivre l'interrogatoire. Les droits garantis par la *Charte* « doivent être exercés d'une façon qui soit conciliable avec les besoins de la société » : *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368, p. 385. Le droit à l'assistance d'un avocat ne vise pas à permettre aux suspects, surtout les personnes bien avisées et sûres d'elles, de « retarder inutilement et impunément une enquête et même, dans certains cas, de faire en sorte qu'une preuve essentielle soit perdue, détruite ou impossible à obtenir » : *Smith*, p. 385. C'est pourtant le résultat que risque, à notre avis, d'entraîner la démarche proposée par le juge Binnie.

[59] Enfin, le test proposé est si vague qu'il est difficile à appliquer. Il est certain qu'au fil des ans les tribunaux règlent ces problèmes du mieux qu'ils peuvent. Tous ces efforts laisseront toutefois dans leur sillage une série de requêtes, d'appels et de deuxièmes procès fondés sur la *Charte*. Soit dit en tout respect, la Constitution n'impose aucune obligation de cette nature.

[60] The better approach is to continue to deal with claims of subjective incapacity or intimidation under the confessions rule. For example, in *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at para. 61, the Court recognized that using non-existent evidence to elicit a confession runs the risk of creating an oppressive environment and rendering any statement involuntary. In *Singh*, the Court stressed that persistence in continuing the interview, particularly in the face of repeated assertions by the detainee that he wishes to remain silent, may raise "a strong argument that any subsequently obtained statement was not the product of a free will to speak to the authorities" (para. 47). However, the cases thus far do not support the view that the common police tactic of gradually revealing (actual or fake) evidence to the detainee in order to demonstrate or exaggerate the strength of the case against him automatically triggers the right to a second consultation with a lawyer, giving rise to renewed s. 10(*b*) rights.

[61] We note that our colleagues LeBel and Fish JJ. express concern that these reasons, together with the majority judgment in *Singh*, "in effect creates a new right on the part of the police to the unfettered and continuing access to the detainee, for the purposes of conducting a custodial interview to the point of confession" (para. 190). While Binnie J. does not endorse their approach, he echoes similar concerns.

[62] We do not agree with the suggestion that our interpretation of s. 10(*b*) will give *carte blanche* to the police. This argument overlooks the requirement that confessions must be voluntary in the broad sense now recognized by the law. The police must not only fulfill their obligations under s. 10(*b*); they must conduct the interview in strict conformity with the confessions rule. On this point, we disagree with Binnie J. that the test for voluntariness in *Oickle* "sets a substantial hurdle to making inadmissible a confession" (para. 92). As explained more fully in *Singh*, the confessions rule is broad-based and clearly encompasses the right to silence. Far from truncating the detainee's constitutional right to silence, its recognition as one component

[60] La meilleure démarche consiste à continuer d'examiner selon la règle des confessions les allégations d'incapacité ou d'intimidation subjectives. Par exemple, dans *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 61, la Cour a reconnu que l'utilisation d'éléments de preuve inexistants pour soutirer des aveux risque de créer une atmosphère oppressive et de rendre les déclarations non volontaires. Dans *Singh*, la Cour a souligné que la persistance à poursuivre l'entretien, surtout devant les affirmations répétées du détenu qu'il souhaite garder le silence, permet de « faire valoir sérieusement que toute déclaration obtenue par la suite ne résult[e] pas d'une libre volonté de parler aux autorités » (par. 47). Toutefois, la jurisprudence jusqu'à maintenant n'appuie pas le point de vue selon lequel la tactique, souvent utilisée par la police, de révéler petit à petit des éléments de preuve (réels ou faux) au détenu pour démontrer ou exagérer la solidité de la preuve contre lui donne automatiquement naissance au droit à une deuxième consultation avec un avocat en faisant renaître les droits garantis à l'al. 10*b*).

[61] Nous remarquons que nos collègues les juges LeBel et Fish expriment la crainte que les présents motifs, combinés avec la décision de la majorité dans *Singh*, ne « confèrent à la police un nouveau droit qui lui garantit un accès sans entraves et continu au détenu pour la conduite d'un interrogatoire jusqu'à l'obtention d'aveux » (par. 190). Le juge Binnie ne partage pas leur avis, mais il évoque les mêmes inquiétudes.

[62] Nous ne pouvons souscrire à la prétention que notre interprétation de l'al. 10*b*) donnera carte blanche à la police. Cet argument ne tient pas compte de l'exigence selon laquelle les confessions doivent être volontaires dans le sens large maintenant reconnu en droit. La police doit non seulement respecter les obligations qui lui incombent selon l'al. 10*b*), mais aussi conduire l'entretien en se conformant strictement à la règle des confessions. Sur ce point, nous ne partageons pas l'avis du juge Binnie selon lequel le test énoncé dans *Oickle* pour statuer sur le caractère volontaire des confessions « a établi des conditions très strictes pour rendre [celles-ci] inadmissibles » (par. 92). Comme il est expliqué plus en détail dans *Singh*, la règle des confessions est de nature générale

of the common law rule enhances the right as any reasonable doubt on the question of voluntariness must result in the automatic exclusion of the statement. We also disagree with LeBel and Fish JJ. that the number of times Mr. Singh asserted that he had nothing to say during the course of his interview demonstrates that the protection afforded under the confessions rule is meaningless (para. 183). Voluntariness can only be determined by considering all the circumstances. As stated by the majority in *Singh*, at para. 53:

> It must again be emphasized that such situations are highly fact-specific and trial judges must take into account all the relevant factors in determining whether or not the Crown has established that the accused's confession is voluntary. In some circumstances, the evidence will support a finding that continued questioning by the police in the face of the accused's repeated assertions of the right to silence denied the accused a meaningful choice whether to speak or to remain silent: see *Otis*. The number of times the accused asserts his or her right to silence is part of the assessment of all of the circumstances, but is not in itself determinative. The ultimate question is whether the accused exercised free will by choosing to make a statement: *Otis*, at paras. 50 and 54.

The trial judge in *Singh* had correctly instructed himself in accordance with the law and conducted a thorough review of all relevant circumstances. As noted by the majority: "Indeed, his analysis of the applicable jurisprudence and review of the relevant facts are impeccable, particularly with respect to the right to silence" (para. 50). In the majority's view, there was no basis to interfere with his ruling.

[63] Our colleagues LeBel and Fish JJ. also assert that our approach is such that the detainee is effectively *forced* to participate in the police investigation. The suggestion is that the questioning of a suspect, in and of itself, runs counter to the presumption of innocence and the protection against self-incrimination. This is clearly contrary

et englobe manifestement le droit au silence. Loin de restreindre le droit au silence garanti aux détenus par la Constitution, sa reconnaissance en tant que composante de la règle de common law le renforce, car tout doute raisonnable au sujet du caractère volontaire entraîne obligatoirement l'exclusion automatique de la déclaration. Nous ne partageons pas non plus l'avis des juges LeBel et Fish selon lequel le nombre de fois que M. Singh a affirmé qu'il n'avait rien à dire au cours de son entretien démontre que la protection offerte par la règle des confessions n'a aucune importance (par. 183). On ne peut déterminer le caractère volontaire qu'en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Comme l'a indiqué la majorité dans *Singh*, par. 53 :

> Là encore, il faut souligner que ces situations dépendent fortement des faits de chaque affaire et que le juge du procès doit tenir compte de tous les facteurs pertinents pour déterminer si le ministère public a établi que la confession de l'accusé est volontaire. Dans certains cas, la preuve permettra de conclure que la poursuite de l'interrogatoire de la police, malgré que l'accusé ait invoqué, à maintes reprises, son droit de garder le silence, a privé ce dernier de la possibilité de faire un choix utile de parler ou de garder le silence : voir l'arrêt *Otis*. Le nombre de fois que l'accusé invoque son droit de garder le silence entre dans l'appréciation de l'ensemble des circonstances, mais il n'est pas déterminant en soi. En définitive, la question est de savoir si l'accusé a usé de son libre arbitre en choisissant de faire une déclaration : *Otis*, par. 50 et 54.

Le juge du procès dans *Singh* s'est rappelé correctement les règles applicables et avait procédé à un examen approfondi de l'ensemble des faits pertinents. Comme l'a fait observer la majorité, « [e]n fait, son analyse de la jurisprudence applicable et son examen des faits pertinents sont impeccables, particulièrement en ce qui concerne le droit de garder le silence » (par. 50). De l'avis de la majorité, il n'y avait pas lieu de modifier sa décision.

[63] Nos collègues les juges LeBel et Fish affirment également que, selon notre approche, le détenu est effectivement *forcé* de participer à l'enquête policière, laissant entendre qu'en soi le fait de poser des questions à un suspect va à l'encontre de la présomption d'innocence et de la protection contre l'autoincrimination. Il est clair que cette affirmation est

to settled authority and practice. In our view, in defining the contours of the s. 7 right to silence and related *Charter* rights, consideration must be given not only to the protection of the rights of the accused but also to the societal interest in the investigation and solving of crimes. The police are charged with the duty to investigate alleged crimes and, in performing this duty, they necessarily have to make inquiries from relevant sources of information, including persons suspected of, or even charged with, committing the alleged crime. While the police must be respectful of an individual's *Charter* rights, a rule that would require the police to automatically retreat upon a detainee stating that he or she has nothing to say, in our respectful view, would not strike the proper balance between the public interest in the investigation of crimes and the suspect's interest in being left alone.

[64] Finally, LeBel and Fish JJ. assert in different ways that our reasons represent a constitutionalized expansion of police powers. We fail to see how our reasons could be so interpreted. Rather, as explained earlier, we take the settled view to the effect that the right to counsel is essentially a one-time matter with few recognized exceptions, and expand upon this existing jurisprudence by recognizing the right to a further consultation with counsel in any case where a change in circumstances makes this necessary to fulfill s. 10(*b*)'s purpose of providing the detainee with advice in the new or emergent situation. If anything, our reasons broaden the protection available to suspects, and narrow the ambit of police questioning. In our respectful view, it is our colleagues LeBel and Fish JJ.'s interpretation of the scope of s. 10(*b*) that would change the law substantially by recognizing a hitherto unrecognized constitutional right to have counsel present at all times during an interrogation — and do so, we note, by relying on the dissenting opinion in *Singh* which was rejected by the majority of the Court.

contraire à la jurisprudence et à la pratique établies. À notre avis, pour définir la portée du droit au silence reconnu à l'art. 7 et celle des droits connexes garantis par la *Charte*, il faut tenir compte non seulement de la protection des droits de l'accusé, mais aussi de l'intérêt de la société à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête et soient résolus. La police a l'obligation d'enquêter sur les crimes présumés et, dans l'exercice de cette fonction, elle doit nécessairement interroger des sources d'information pertinentes, y compris les personnes soupçonnées ou même accusées d'avoir commis le crime présumé. Certes, la police doit respecter les droits que la *Charte* garantit à un individu, mais la règle selon laquelle elle doit automatiquement battre en retraite dès que le détenu déclare qu'il n'a rien à dire ne permet pas, à notre avis, d'établir le juste équilibre entre l'intérêt public à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête et l'intérêt du suspect à ne pas être importuné.

[64] Enfin, les juges LeBel et Fish affirment de différentes façons que nos motifs représentent un élargissement constitutionnalisé des pouvoirs de la police. Nous ne voyons pas comment nos motifs pourraient être ainsi interprétés. Au contraire, comme nous l'avons déjà expliqué, nous prenons la position bien établie selon laquelle le droit à l'assistance d'un avocat s'applique essentiellement une seule fois, sauf quelques exceptions reconnues, et développons la jurisprudence existante en reconnaissant le droit à une nouvelle consultation lorsqu'un changement de circonstances rend cette mesure nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*) de fournir au détenu des conseils dans sa situation nouvelle ou émergente. Nos motifs élargissent plutôt la protection dont disposent les suspects et restreignent le champ des questions de la police. Soit dit en tout respect, c'est l'interprétation que donnent nos collègues les juges LeBel et Fish à la portée de l'al. 10*b*) qui changerait fondamentalement le droit en reconnaissant un droit constitutionnel jusque-là non reconnu, à savoir celui d'avoir un avocat présent pendant tout l'interrogatoire — et ce, nous tenons à le souligner, en se fondant sur l'opinion dissidente dans *Singh* qui a été rejetée par la majorité de la Cour.

[65] We conclude that the principles and case-law do not support the view that a request, without more, is sufficient to retrigger the s. 10(*b*) right to counsel and to be advised thereof. What is required is a change in circumstances that suggests that the choice faced by the accused has been significantly altered, requiring further advice on the new situation, in order to fulfill the purpose of s. 10(*b*) of providing the accused with legal advice relevant to the choice of whether to cooperate with the police investigation or not. Police tactics short of such a change may result in the Crown being unable to prove beyond a reasonable doubt that a subsequent statement was voluntary, rendering it inadmissible. But it does not follow that the procedural rights granted by s. 10(*b*) have been breached.

[65] Nous concluons que ni les principes applicables ni la jurisprudence n'appuient la thèse selon laquelle une demande, à elle seule, suffit à redonner naissance au droit à l'assistance d'un avocat et au droit d'être informé de ce droit, qui sont prévus à l'al. 10*b*). Il faut qu'il y ait un changement de circonstances tendant à indiquer que le choix qui s'offre à l'accusé a considérablement changé, de sorte qu'il a besoin d'autres conseils sur la nouvelle situation pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*) de fournir à l'accusé des conseils juridiques lui permettant de décider de coopérer ou non à l'enquête policière. Si les tactiques policières n'entraînent pas un tel changement, il est possible que le ministère public ne puisse pas établir hors de tout doute raisonnable qu'une déclaration subséquente était volontaire, ce qui la rendrait inadmissible. Mais il ne s'ensuit pas qu'il y a eu atteinte aux droits procéduraux conférés par l'al. 10*b*).

V. Application to the Facts

V. Application aux faits

[66] The question is whether Mr. Sinclair should have been given a second opportunity to consult with a lawyer. Mr. Sinclair does not appear to fall into any of the categories where thus far a right to reconsultation has been recognized as necessary to fulfill the purpose of s. 10(*b*) of giving the detainee access to legal advice with respect to his right to choose whether to cooperate with the police or not. Mr. Sinclair's jeopardy remained the same throughout; he knew from the outset he was facing a charge of murder. The evidence the police told him about did not change the jeopardy he was facing. The police were not requesting his cooperation in a line-up. And as the Court of Appeal held, the police representations as to the strength of the evidence against him do not, without more, raise the need for further consultation with a lawyer.

[66] Il s'agit de déterminer si on aurait dû donner une deuxième occasion à M. Sinclair de consulter un avocat. M. Sinclair ne semble pas entrer dans l'une des catégories pour lesquelles le droit à une nouvelle consultation a été reconnu comme étant nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*) de permettre au détenu d'obtenir des conseils juridiques sur son droit de choisir de coopérer on non avec la police. Le risque couru par M. Sinclair est demeuré inchangé pendant tout le processus; il savait dès le départ qu'il faisait face à une accusation de meurtre. Les éléments de preuve que la police lui a révélés n'ont pas changé le risque qu'il courait. La police ne lui a pas demandé de coopérer à une séance d'identification. Et, comme l'a conclu la Cour d'appel, les observations de la police au sujet de la solidité de la preuve contre lui ne peuvent, à elles seules, rendre nécessaire une nouvelle consultation avec un avocat.

[67] The only possibility of a renewed right to consult a lawyer lies in an extension of the reasoning in *Prosper* or *Burlingham*. Read broadly, these cases suggest that developments in the investigation suggesting that the detainee may be confused about his choices and right to remain silent may

[67] Pour qu'il y ait renaissance du droit de consulter un avocat, il faut nécessairement étendre le raisonnement suivi dans *Prosper* ou *Burlingham*. Interprétés largement, ces arrêts permettent de penser que la survenance de faits nouveaux au cours de l'enquête qui tendent à indiquer que le détenu

trigger the right to a renewed consultation with a lawyer under s. 10(*b*). The bottom line in such a situation is whether the circumstances, viewed as a whole, indicate that the detainee required further legal advice in order to fulfill the purpose of s. 10(*b*) of providing legal advice on his choice as to whether to cooperate with the police or not.

[68] The sequence of the interview relevant to this line of inquiry begins with Mr. Sinclair's reaction to Sgt. Skrine's statement that the case against him was "absolutely overwhelming".

[69] To this Mr. Sinclair answered, "I want my lawyer to look through all that". This can be interpreted as a need for legal advice on the actual strength of the case against him.

[70] The interview continued, and Mr. Sinclair continued to ask for legal advice. On one of these occasions, he expressed uncertainty about what to do:

> Just don't know what to do right now. And that's why I say I wanna wait and think and muddle things through my mind and talk to my lawyer and talk to people I . . . and you don't seem to understand that either. It's like okay that's fine. I know you're trying to do your job. And I do think you're doing a good job, it's just I just don't know what to say at the moment. [Emphasis added; Supp. A.R., at p. 77.]

[71] Read broadly and in isolation, these passages arguably support the allegation that Mr. Sinclair may have been confused about his rights and how he should exercise them. However, read in context, it is clear that Mr. Sinclair never had any doubt about the choices the law allowed him and, in particular, his constitutional right to remain silent. The police did not denigrate the legal advice he had received. Rather, they repeatedly confirmed that it was Mr. Sinclair's choice whether or not to speak.

[72] After his confession, and the so-called reenactment, Mr. Sinclair had an exchange with

ne comprend peut-être pas ses choix et son droit au silence peut faire naître le droit à une nouvelle consultation avec un avocat prévu à l'al. 10*b*). Dans une telle situation, il faut essentiellement se demander s'il ressort de l'ensemble des circonstances que le détenu a besoin de conseils juridiques supplémentaires pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10*b*) de fournir au détenu des conseils juridiques quant à son choix de coopérer ou non avec la police.

[68] Pour répondre à cette question, il faut se reporter aux éléments pertinents de l'entretien, à commencer par la réaction de M. Sinclair devant la déclaration du sergent Skrine que la preuve contre lui était [TRADUCTION] « absolument accablante ».

[69] À cela M. Sinclair a répondu : [TRADUCTION] « Je veux que mon avocat examine tout ça. » Cette réponse peut être considérée comme une indication qu'il avait besoin de consulter un avocat pour connaître la réelle solidité de la preuve contre lui.

[70] L'entretien s'est poursuivi, et M. Sinclair a continué à demander d'avoir des conseils juridiques. À l'une de ces occasions, il a exprimé son incertitude sur ce qu'il devait faire :

> [TRADUCTION] Je ne sais pas quoi faire maintenant. Et c'est pourquoi je dis que je veux attendre et réfléchir, me remettre les idées en place et parler à mon avocat et parler à des gens, je [. . .] et vous ne semblez pas comprendre ça non plus. C'est comme okay, tout va bien. Je sais que vous essayez de faire votre travail. Et je pense que vous faites du bon travail, c'est juste que je ne sais pas quoi dire en ce moment. [Nous soulignons; d.a. compl., p. 77.]

[71] Interprétés largement et isolément, ces extraits pourraient appuyer l'allégation que M. Sinclair ne comprend pas bien ses droits et ne sait pas comment il devrait les exercer. Toutefois, pris dans leur contexte, ils indiquent clairement que M. Sinclair n'a jamais eu de doutes sur les choix qui s'offraient à lui sur le plan juridique et, en particulier, son droit constitutionnel de garder le silence. La police n'a pas dénigré les conseils juridiques qu'il avait reçus. Au contraire, elle lui a confirmé à maintes reprises qu'il lui revenait de choisir de parler ou non.

[72] Après sa confession et la soi-disant reconstitution du crime, M. Sinclair a échangé avec le

Sgt. Skrine, which made clear his awareness of the choice he faced and the fact that it went against the advice of his lawyer.

Sinclair: Lawyer'll probably be mad that I told everything out but it's like whatever. It's like I'm I know when I know I know when is when. It's like . . .

Skrine: Yeah. Well you know and that's what I said up front. I mean you're given advice, but at the end of the day you make the decision right?

Sinclair: Yeah.

Skrine: It's your decision to make. Um in this country and you know my opinion is you made the right decision right?

Sinclair: Well now there's closure. [Emphasis added; A.R., at p. 630.]

[73] The following findings of the trial judge confirm that Mr. Sinclair was never confused about his legal options:

1. "I am satisfied by [Mr. Sinclair's] own comments that he understood his right was to remain silent, to choose whether to speak or not. Nobody ever tried to tell him that he did not have that right" (para. 160).

2. Mr. Sinclair's counsel advised him not to discuss anything important with anybody, advised about some of the devices the police might use, including a cell plant, and advised not to say anything "because they lie" (paras. 25 and 161).

3. "[T]he police did not make any attempt to denigrate counsel or the advice he had received from counsel. All they did was confirm that ultimately it was Mr. Sinclair's decision as to whether he said anything or not" (para. 141).

sergent Skrine des propos qui montrent clairement qu'il était conscient du choix qui s'offrait à lui et qu'il comprenait que sa décision allait à l'encontre des conseils de son avocat :

[TRADUCTION]

Sinclair : Mon avocat sera probablement furieux que j'aie tout raconté mais bon. En fait, je [. . .] je sais [. . .] je sais ce qui en est. En fait . . .

Skrine : C'est ça. Eh bien tu sais et c'est ce que j'ai dit au début. Je veux dire, tu reçois des conseils, mais en fin de compte c'est toi qui decides, non?

Sinclair : Ouais.

Skrine : C'est à toi de décider. Euh, dans ce pays et tu sais qu'à mon avis tu as pris la bonne décision, pas vrai?

Sinclair : Eh bien maintenant c'est terminé. [Nous soulignons; d.a., p. 630.]

[73] Les conclusions suivantes du juge du procès confirment que M. Sinclair avait toujours bien compris ses options sur le plan juridique :

1. [TRADUCTION] « Je suis convaincu, en raison de ses propres paroles [celles de M. Sinclair], qu'il comprenait qu'il avait le droit de garder le silence, de choisir de parler ou de garder le silence. Personne n'a essayé, à aucun moment, de lui dire qu'il n'avait pas ce droit » (par. 160).

2. L'avocat de M. Sinclair lui a conseillé d'éviter de parler de quoi que ce soit d'important avec quiconque, l'a mis en garde contre certains procédés que la police pourrait utiliser, notamment mettre une taupe dans sa cellule, et lui a conseillé de ne rien dire [TRADUCTION] « parce qu'ils mentent » (par. 25 et 161).

3. [TRADUCTION] « [L]a police n'a aucunement tenté de dénigrer son avocat ou les conseils qu'il avait reçus de son avocat. Elle n'a fait que confirmer qu'au bout du compte c'était à M. Sinclair de décider s'il allait dire quelque chose ou non » (par. 141).

4. "I am satisfied that [Mr. Sinclair] is certainly intelligent enough to understand what his situation was and to make his own choices" (para. 154).

5. "What, in my opinion, happened in this case is that all of the efforts that Sergeant Skrine made to try and encourage Mr. Sinclair to speak were without avail. Mr. Sinclair stood up to them very well" (para. 176).

6. "[U]ltimately when Mr. Sinclair knew that the body had been found, that is when he decided the game was up and he thought he may as well come clean and he did so, not because anybody offered him anything, because it relieved him of the pressure he was under, the police investigation, not the interview, and as he said himself, the court might look more kindly on him having cooperated and that is why he decided to do the re-enactment as well" (para. 178).

7. After he had made his initial statement, Mr. Sinclair told his cell mate (who was in fact an undercover police officer): "They've got me, the body, the sheets, the blood, the fibres on the carpet, witnesses. I'm going away for a long time but I feel relieved" (para. 40).

[74] We conclude that Mr. Sinclair's claim that his s. 10(*b*) *Charter* rights were infringed has not been made out.

VI. Disposition

[75] We would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[76] Binnie J. (dissenting) — This appeal addresses the protection of a detainee's civil liberties while under police interrogation. It is the third in a series of recent cases that have dealt firstly with the rule governing the voluntariness of confessions obtained by the police, and secondly (in the next appeal) with a detainee's ability to insist

4. [TRADUCTION] « Je suis convaincu qu'il [M. Sinclair] est certainement assez intelligent pour comprendre dans quelle situation il se trouvait et pour prendre ses propres décisions » (par. 154).

5. [TRADUCTION] « Ce qui est arrivé en l'espèce, à mon avis, c'est que tous les efforts que le sergent Skrine a déployés pour essayer d'encourager M. Sinclair à parler étaient vains. M. Sinclair y a très bien résisté » (par. 176).

6. [TRADUCTION] « [F]inalement, quand M. Sinclair a su qu'on avait découvert le corps, c'est à ce moment-là qu'il a décidé que la partie était terminée et qu'il a pensé qu'il valait mieux tout avouer, ce qu'il a fait, non pas parce que quelqu'un lui avait offert quoi que ce soit, mais parce que cela a soulagé la pression qu'il subissait, à cause de l'enquête policière, non pas à cause de l'entretien, et comme il l'a dit lui-même, le tribunal pourrait avoir une opinion plus favorable de lui parce qu'il avait coopéré et c'est pourquoi il a décidé de procéder aussi à la reconstitution » (par. 178).

7. Après sa déclaration initiale, M. Sinclair a dit à son compagnon de cellule (qui était en fait un agent d'infiltration) : [TRADUCTION] « Ils m'ont eu. Ils ont le corps, les draps, le sang, les fibres du tapis, des témoins. Je vais être en taule pour longtemps, mais je suis soulagé » (par. 40).

[74] Nous concluons que M. Sinclair n'a pas établi qu'il y a eu atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'al. 10*b*) de la *Charte*.

VI. Dispositif

[75] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[76] Le juge Binnie (dissident) — Le présent pourvoi concerne la protection des libertés civiles du détenu lors de l'interrogatoire de la police. Il s'agit de la troisième d'une série de décisions récentes dont la première porte sur la règle régissant le caractère volontaire des confessions obtenues par la police et la deuxième, sur la possibilité pour un détenu

on his or her right to silence and non-cooperation with the investigation. Today's decision completes the trilogy by interpreting narrowly the guarantee in s. 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* of the right of a detainee upon arrest or detention "to retain and instruct counsel" (or, in the French text, "*d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat*").

[77] The merits of each of the three cases in this "interrogation trilogy" are open to reasonable debate and disagreement, but when the decisions are read together, the resulting latitude allowed to the police to deal with a detainee, who is to be presumed innocent, disproportionately favours the interests of the state in the investigation of crime over the rights of the individual in a free society, in my view.

[78] Many confessions obtained in extended police interrogations are true, but too many are not. The Ontario Court of Appeal recently dealt with the case of Romeo Phillion who, in 1972, confessed to a murder while in custody on a robbery charge then recanted — he was jailed for 30 years until the conviction was overturned and sent back for a new trial (*R. v. Phillion*, 2009 ONCA 202, 241 C.C.C. (3d) 193). Such cases signal caution when approaching the rules governing police interrogations.

[79] The s. 10(*b*) right to counsel, above all, is "designed to ensure that persons who are arrested or detained are treated fairly in the criminal process": *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 191 (emphasis added); *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394. In interpreting s. 10(*b*), the courts need to take a long-term view of the reputation and integrity of our justice system rather than focussing on short-term results at the police station.

Overview

[80] My colleagues the Chief Justice and Charron J. take the position that in general and for most

d'insister sur son droit de garder le silence et de ne pas coopérer à l'enquête. La décision d'aujourd'hui vient compléter la trilogie par une interprétation étroite du droit du détenu, garanti par l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, « d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat » (ou, selon la version anglaise, « *to retain and instruct counsel* ») en cas d'arrestation ou de détention.

[77] Le bien-fondé de chacune des trois décisions formant cette « trilogie de l'interrogatoire » peut faire l'objet de débats et de désaccords raisonnables, mais lorsqu'elles sont interprétées ensemble, la latitude dont dispose la police dans ses rapports avec le détenu — lequel doit être présumé innocent — favorise, à mon avis, de manière disproportionnée les intérêts de l'État en matière d'enquête sur les crimes par rapport aux droits de l'individu dans une société libre.

[78] Les aveux obtenus par la police à la faveur d'un interrogatoire prolongé sont dans bien des cas véridiques, mais souvent aussi ils ne le sont pas. La Cour d'appel de l'Ontario a récemment statué sur le cas de Romeo Phillion, qui, en 1972, avait avoué un meurtre alors qu'il était sous garde pour une accusation de vol qualifié, et s'était ensuite rétracté — il avait été incarcéré pendant 30 ans avant que sa condamnation soit annulée et qu'un nouveau procès soit ordonné (*R. c. Phillion*, 2009 ONCA 202, 241 C.C.C. (3d) 193). De telles affaires montrent que la prudence s'impose lorsqu'on aborde les règles régissant les interrogatoires de police.

[79] Le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*) vise avant tout « à assurer le traitement équitable dans le processus pénal des personnes arrêtées ou détenues » : *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, p. 191 (je souligne); *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, p. 394. Pour l'interprétation de l'al. 10*b*), les tribunaux doivent avoir une vision à long terme de la réputation et de l'intégrité de notre système de justice au lieu de se concentrer sur les résultats à court terme au poste de police.

Aperçu

[80] Mes collègues la Juge en chef et la juge Charron estiment que, d'une manière générale et

practical purposes the effect of s. 10(*b*) is more or less spent once the lawyer has advised the detainee *before* the commencement of the police interrogation to keep his or her mouth shut. They concede that a further consultation may be required in "changed circumstances", but in my view, s. 10(*b*) may also be engaged by the *evolving* circumstances of the interrogation. My disagreement with the majority essentially relates to the conditions necessary for a defence lawyer to provide *meaningful* assistance to a client in trouble with the law. In my view, the detainee is entitled to a further opportunity or opportunities to receive advice from counsel during a custodial interview where the detainee's request falls within the purpose of the s. 10(*b*) right (i.e. to satisfy a need for legal assistance rather than delay or distraction) and such request is reasonably justified by the objective circumstances, which were or ought to have been apparent to the police during the interrogation, as will be discussed.

[81] The detainee's s. 10(*b*) request will be dealt with in the first instance by the police. In deciding whether or not to give effect to it, the police will have to make a judgment call, but such judgment calls are no more difficult than many arising in the course of police work. I give as an example the difficult area of police common law powers. In the absence of some statutory authority, the police regularly have to assess the extent and the limits of their powers not previously recognized at common law. Such powers are framed in very general language: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2. It seems to me inconsistent with the Crown's enthusiastic support of previously unrecognized common law police *powers* for the Crown to insist that the police are not capable of sorting out their *responsibilities* framed in similarly general language. In both cases, it is the police who make the initial difficult determination — not the judges. Eventually, of course, it is the judge who will determine if the police got it right.

à toutes fins utiles, l'effet de l'al. 10*b*) est plus ou moins épuisé une fois que l'avocat a conseillé au détenu, *avant* que commence l'interrogatoire de la police, de ne pas parler. Elles admettent qu'une consultation supplémentaire peut s'avérer nécessaire en cas de « changement de circonstances », mais l'*évolution* des circonstances de l'interrogatoire peut aussi, à mon avis, déclencher l'application de l'al. 10*b*). Mon désaccord avec la majorité porte essentiellement sur les conditions qui doivent être remplies pour qu'un avocat de la défense puisse procurer une assistance *utile* à un client qui a des démêlés avec la loi. Selon moi, le détenu a droit à une ou plusieurs autres possibilités de recevoir des conseils d'un avocat au cours d'un entretien sous garde si sa demande cadre avec l'objet du droit garanti par l'al. 10*b*) (c.-à-d. satisfaire à un besoin d'assistance juridique et non retarder l'enquête policière ou s'y soustraire temporairement), et une telle demande est raisonnablement justifiée par les circonstances objectives qui étaient apparentes, ou auraient dû l'être, pour la police lors de l'interrogatoire, comme nous le verrons.

[81] La police tout d'abord traitera de la demande du détenu fondée sur l'al. 10*b*). Pour décider s'il y a lieu d'y donner suite, elle doit s'en remettre à son jugement, mais une telle décision n'est pas plus difficile que bien d'autres décisions qu'elle doit prendre dans le cadre de son travail. Citons, par exemple, le domaine complexe des pouvoirs que la common law reconnaît à la police. En l'absence de pouvoir conféré par une loi, la police doit régulièrement évaluer la portée et les limites de ses pouvoirs non reconnus auparavant par la common law. Ces pouvoirs sont établis en termes très généraux : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Compte tenu de son appui enthousiaste à l'égard des *pouvoirs* non reconnus auparavant à la police par la common law, il me semble contradictoire que le ministère public soutienne maintenant que la police n'est pas capable de déterminer ses *responsabilités* établies en des termes également généraux. Dans les deux cas, c'est à la police, et non aux juges, de prendre la difficile décision initiale. Au final, il appartiendra naturellement au juge de déterminer si la police avait raison.

[82] I would decline to adopt the appellant's more ambitious submission that s. 10(*b*) requires the presence, upon request, of defence counsel during a custodial interrogation.

[83] My colleagues the Chief Justice and Charron J. acknowledge that there may be a need for further consultation if there is a change in the legal jeopardy confronting the detainee. Equally important, however, will be the detainee's belated appreciation in many cases of his or her *existing* jeopardy as the interrogation develops in ways that were not — and could not be — anticipated at the outset during the initial consultation with counsel. In the appellant's case, for example, the police let drop various bits of information, some true and some false, over a five-hour period to hammer into his head what they described as an "overwhelming" case proving his guilt, which ostensibly rendered futile his continuing non-cooperation. Police use of moral suasion is, of course, absolutely acceptable, but the appellant was clearly concerned (manifested by his five separate requests to contact his lawyer again) whether the lawyer's initial advice (whatever it was) remained valid. The evolving situation produced information the lawyer needed to have to do his job (to provide "*l'assistance*"). The appellant faced a second degree murder charge. It cannot reasonably be said, in my view, that the 360 seconds of legal advice he received in two initial phone calls before the police began their work was enough to exhaust his s. 10(*b*) guarantee.

[84] The majority decision limits the purpose of s. 10(*b*) to "supporting the detainee's s. 7 right to choose whether or not to cooperate with the police investigation" (para. 47). This, with respect, excessively conflates the right to counsel with the right to remain silent, and results in an unduly impoverished view of "*l'assistance d'un avocat*"; it belies the liberal and generous interpretation of *Charter* rights so often trumpeted in our jurisprudence. The majority view tightens the noose around s. 10(*b*)

[82] Je ne retiendrais pas l'argument plus ambitieux de l'appelant selon lequel l'al. 10*b*) exige, sur demande, la présence de l'avocat de la défense pendant un interrogatoire sous garde.

[83] Mes collègues la Juge en chef et la juge Charron reconnaissent qu'une nouvelle consultation peut s'avérer nécessaire en cas de changement du risque juridique couru par le détenu. Tout aussi importante, cependant, sera dans bien des cas la prise de conscience tardive par le détenu du risque qu'il subit *déjà* du fait que l'interrogatoire prend une tournure qui était imprévue — et imprévisible — au départ, lors de la consultation initiale avec un avocat. Dans le cas de l'appelant, par exemple, la police a dévoilé petit à petit pendant cinq heures divers éléments d'information, certains véridiques et d'autres faux, pour lui enfoncer dans la tête l'existence de ce qu'elle a décrit comme étant une preuve [TRADUCTION] « accablante » de sa culpabilité, qui rendait soi-disant futile son refus persistant de coopérer. Le recours à la pression morale par la police est bien sûr tout à fait acceptable, mais l'appelant se demandait de toute évidence (comme en témoigne le fait qu'il a demandé à cinq reprises distinctes de pouvoir communiquer de nouveau avec son avocat) si les conseils initiaux de l'avocat (quels qu'ils soient) étaient toujours valables. L'évolution de la situation a produit des renseignements dont l'avocat avait besoin pour faire son travail (fournir son « *assistance* »). L'appelant faisait face à une inculpation de meurtre au deuxième degré; on ne peut pas raisonnablement dire, à mon avis, que les conseils juridiques qu'il a reçus en 360 secondes lors des deux appels téléphoniques initiaux avant que la police amorce son travail étaient suffisants pour entraîner l'extinction de la garantie que lui reconnaît l'al. 10*b*).

[84] La décision de la majorité limite l'objet de l'al. 10*b*) à « étayer le droit du détenu, prévu par l'art. 7, de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière » (par. 47). Ce point de vue, à mon avis, amalgame d'une manière excessive le droit à l'assistance d'un avocat et le droit de garder le silence, ce qui appauvrit indûment la notion d'« assistance d'un avocat », et il ne correspond pas à l'interprétation libérale et généreuse des droits garantis par la *Charte* si souvent claironnée dans notre jurisprudence. L'optique

to the point where, taken together with the Court's other recent pronouncements on police interrogations, the police are allowed more power over the detained individual than the *Charter* intended them to have.

What Are Defence Counsel For?

[85] A detainee needs to "retain and instruct counsel" because the law is a complicated place, and the stakes may be high (certainly in a second degree murder charge). The detainee is isolated and in a position of vulnerability. The *Charter* recognizes that in the interest of fairness, the detainee is entitled to help (or "*l'assistance d'un avocat*") not only in relation to the content of his or her rights but on how to exercise those rights in dealing with the authorities: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; and *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. There is a corresponding duty imposed on the police to respect the s. 10(*b*) right.

[86] The appellant already knew from the standard police warning that he need say nothing and that whatever he said might be recorded and used in evidence. The police interrogator, Sgt. Skrine, told the appellant on more than one occasion that he did not have to say anything. It cannot be correct to limit the role of defence counsel under s. 10(*b*) simply to echo what the police have already said and to urge silence regardless of what may emerge in the course of the interrogation (plus perhaps a few hypothetical examples of what *may* occur during the forthcoming encounter with the police). As the Ontario Criminal Lawyers' Association points out, this much could be accomplished by a recorded message:

> [Y]ou have reached counsel; keep your mouth shut; press one to repeat this message. [Transcript, at p. 22]

[87] The role of counsel at this stage of the investigation is to help put the detainee in a position to navigate his or her legal problems with the informed capacity the detainee could muster alone if he or

des juges majoritaires amenuise la portée de l'al. 10*b*) au point où, compte tenu également des autres décisions récentes de la Cour au sujet des interrogatoires de police, celle-ci se voit accorder davantage de pouvoir sur la personne détenue que la *Charte* était censée lui accorder.

Quelle est la fonction de l'avocat de la défense?

[85] Un détenu a besoin « d'avoir recours à l'assistance d'un avocat » parce que le droit est un univers compliqué et que l'enjeu peut être très important (certainement dans le cas d'une accusation de meurtre au deuxième degré). Le détenu se trouve isolé et vulnérable. La *Charte* reconnaît que, par souci d'équité, le détenu a droit à de l'aide (ou à « l'assistance d'un avocat ») en ce qui a trait non seulement à la teneur de ses droits, mais aussi à la façon de les exercer dans ses rapports avec les autorités : *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3 et *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. La police a l'obligation correspondante de respecter le droit prévu à l'al. 10*b*).

[86] L'appelant savait déjà, d'après la mise en garde habituelle, qu'il n'était pas tenu de dire quoi que ce soit et que tout ce qu'il dirait pourrait être enregistré et utilisé en preuve. L'interrogateur de la police, le sergent Skrine, lui a dit à plus d'une occasion qu'il n'était pas obligé de dire quoi que ce soit. Le rôle de l'avocat de la défense prévu à l'al. 10*b*) ne saurait se limiter à répéter ce que la police a déjà dit et à conseiller instamment le silence, peu importe ce qui peut ressortir au cours de l'interrogatoire (et éventuellement à donner quelques exemples hypothétiques de ce qui *pourrait* se produire pendant l'entretien avec la police). Comme le souligne l'Ontario Criminal Lawyers' Association, un message enregistré pourrait alors tout aussi bien faire l'affaire :

> [TRADUCTION] [V]ous avez joint la boîte vocale de l'avocat; ne dites pas un mot; pour entendre de nouveau ce message, faites le 1. [Transcription, p. 22]

[87] Le rôle de l'avocat à cette étape de l'enquête consiste à aider le détenu à affronter ses problèmes juridiques de façon éclairée, comme s'il possédait lui-même les connaissances et l'expérience

she possessed the requisite legal knowledge and experience. The choice whether or not to cooperate with the investigation is up to the detainee — not the lawyer — but it should be an informed choice. This does not give the lawyer access to places he or she has no right to be (such as the interrogation room in a police detachment), but it should certainly allow the detainee more than a preliminary piece of advice prior to any questioning, at which point the detained person may have a very flawed understanding of what the police are up to.

[88] Communication between solicitor and client is the condition precedent to the lawyer's ability to assist. The advice will only be as good as the information on which it is based. This is why the Court has elevated solicitor-client privilege to being "as close to absolute as possible": *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 35. It is hardly consistent with this emphasis on the *essential* nature of the free flow of information between a lawyer and a client to hold that in the case of s. 10(*b*), the lawyer can function in an informational vacuum without the possibility of even a general idea of the unfolding situation in the interrogation room.

The Interrogation Trilogy

[89] The Crown seems to conceive of the police interrogation as an endurance contest between the detainee, who starts off with the benefit of the standard police warning and generic advice from his or her lawyer (presumably to refuse to cooperate — what else can the lawyer advise at that outset?) and, on the other hand, an experienced police interrogator who wants to cajole and manoeuvre and wear down the detainee into making incriminating statements and, if possible, a full confession.

[90] It bears repeating that persons detained or arrested may be quite innocent of what is being alleged against them. Canada's growing platoon of the wrongfully convicted, including the by now familiar roll call of Donald Marshall, David Milgaard, Guy Paul Morin, Thomas Sophonow, Ronald Dalton, Gregory Parsons, Randy Druken,

juridiques requises. Il appartient au détenu — et non à l'avocat — de choisir de coopérer ou non à l'enquête, mais ce choix doit être éclairé. Cela ne donne pas à l'avocat accès à des lieux où il n'a pas le droit de se trouver (comme la salle d'interrogatoire d'un poste de police), mais devrait certainement permettre au détenu d'obtenir davantage que de simples conseils préliminaires donnés avant que la police commence à lui poser des questions, à un moment où le détenu risque de ne pas savoir du tout où la police veut en venir.

[88] La communication entre l'avocat et son client est la condition préalable à la capacité de l'avocat de fournir une assistance. La qualité des conseils dépend entièrement des renseignements sur lesquels ils sont fondés. C'est la raison pour laquelle la Cour considère que le secret professionnel de l'avocat doit être « aussi absolu que possible » : *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 35. Cette insistance sur la nature *essentielle* de la libre circulation de l'information entre l'avocat et son client n'est guère conciliable avec la thèse que, dans le cas de l'al. 10*b*), l'avocat peut travailler dans un vide informationnel sans possibilité de même avoir une idée générale du déroulement de la situation dans la salle d'interrogatoire.

La trilogie de l'interrogatoire

[89] Le ministère public semble concevoir l'interrogatoire de la police comme une épreuve d'endurance entre le détenu, qui au début bénéficie de la mise en garde habituelle et des conseils de nature générale de son avocat (vraisemblablement refuser de coopérer — que pourrait conseiller d'autre l'avocat à ce stade?) et un interrogateur de la police expérimenté qui veut amadouer, manœuvrer et épuiser le détenu pour l'amener à faire des déclarations incriminantes et, si possible, des aveux complets.

[90] Il convient de rappeler que des personnes détenues ou arrêtées peuvent être parfaitement innocentes des faits qu'on leur reproche. Le peloton grandissant des victimes d'erreurs judiciaires au Canada — au nombre desquelles figurent notamment celles qui portent les noms maintenant familiers de Donald Marshall, David Milgaard,

and others attest to the dangers of police tunnel vision and the resulting unfairness of their investigation. See *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes*, by the Right Honourable Antonio Lamer (2006), at pp. 171-73. Convinced (wrongly) of the detainee's guilt, the police will take whatever time and ingenuity it may require to wear down the resistance of the individual they just *know* is culpable. As this Court recognized in *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, innocent people are induced to make false confessions more frequently than those unacquainted with the phenomenon might expect (paras. 34-45).

Guy Paul Morin, Thomas Sophonow, Ronald Dalton, Gregory Parsons et Randy Druken — témoigne des dangers d'une vision policière étriquée et de l'injustice des enquêtes policières qui en découle. Voir *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes*, le très honorable Antonio Lamer (2006), p. 171-173. Convaincue (à tort) de la culpabilité du détenu, la police prendra tout le temps nécessaire et déploiera toute l'ingéniosité qu'il faut pour venir à bout de la résistance de l'individu qu'elle *sait* coupable. Comme la Cour l'a reconnu dans *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, les cas où des personnes innocentes sont amenées à faire de faux aveux sont beaucoup plus fréquents que pourraient le croire ceux qui ne sont pas au fait du phénomène (par. 34-45).

[91] Canadian society has determined that it is in the long-term interest of the administration of justice to provide the assistance of counsel at this early stage however inconvenient it may appear in the short term. That is a policy decision incorporated in s. 10(*b*) of the *Charter*, and our job is to give it full effect.

[91] La société canadienne a décidé qu'il est dans l'intérêt à long terme de l'administration de la justice de fournir l'assistance d'un avocat dès le début, malgré les difficultés que cela peut sembler poser à court terme. Cette décision de principe a été incorporée dans l'al. 10*b*) de la *Charte*, et notre rôle est de lui donner son plein effet.

[92] Yet, in their endurance contest with the detainee, the police are now given three trump cards. The first is *Oickle* itself, which sets a substantial hurdle to making inadmissible a confession on the basis of involuntariness. The second is *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, which allows the police to prolong the endurance contest despite repeated assertions of the right to silence by the detainee and the frequently expressed desire to return to his cell. And now we have the present appeal which denies the detainee even a "second" consultation with counsel regardless of the length of the interrogation, unless there is a significant change of circumstances, which in the majority view does not include the unfolding information disclosed by the police to the detainee in the course of the investigation, however critical such information might be to the correctness of the legal advice initially provided, or to the need for further advice.

[92] Or, dans son épreuve d'endurance avec le détenu, la police dispose maintenant de trois atouts. Le premier est l'arrêt *Oickle* lui-même, qui a établi des conditions très strictes pour rendre inadmissibles des aveux en raison de leur caractère non volontaire. Le deuxième est *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, qui autorise la police à prolonger l'épreuve d'endurance même lorsque le détenu invoque à maintes reprises son droit de garder le silence et exprime fréquemment le désir de regagner sa cellule. Arrive maintenant le présent pourvoi, qui refuse au détenu même une « deuxième » consultation avec un avocat, quelle que soit la durée de l'interrogatoire, à moins d'un changement de circonstances important — qui, selon la majorité, n'inclut pas les renseignements que la police dévoile petit à petit au détenu au cours de l'enquête, même s'ils peuvent revêtir une importance cruciale du point de vue de la justesse des conseils juridiques donnés initialement ou de la nécessité d'obtenir d'autres conseils.

[93] *Oickle* was the case of a pyromaniac who confessed in the course of a six-hour police interrogation to setting seven of alleged eight fires in the vicinity of Waterville, Nova Scotia. At issue was the admissibility of his confession, and in particular the scope of the common law rules related to voluntariness. The case is rightly seen as setting a high barrier to exclusion. Members of the Court agreed on the applicable legal principles but divided 6-1 on the application of the law to the facts. As to the legal principles, Iacobucci J. noted that beyond the traditional exclusionary doctrines of oppression and inducements (which are "primarily concerned with reliability"), the law governing confessions also protects "a broader conception of voluntariness 'that focuses on the protection of the accused's rights and fairness in the criminal process'" (para. 69). That said, the Court also emphasized "society's need to investigate and solve crimes" (para. 33), and reference was made (twice) to the *dictum* of Lamer J. that "the investigation of crime and the detection of criminals is not a game to be governed by the Marquess of Queensbury rules": *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 697.

[94] On the facts of *Oickle*, the majority (Arbour J. dissenting) concluded that the confession was made voluntarily despite the majority's recognition that the police had minimized the seriousness of the crimes (para. 77), made offers of psychiatric help (though not as a *quid pro quo* for the confession) (para. 78), and suggested that it might be necessary to administer a polygraph test to Mr. Oickle's fiancée to determine whether she was involved in setting fires but, seemingly, not if Mr. Oickle himself were to confess (para. 84). The police pretended that the results of a failed polygraph test were "infallible" (para. 95), and jumped into their persistent questioning of Mr. Oickle immediately after informing him that he had "failed" the polygraph test (para. 101).

[93] L'arrêt *Oickle* concernait le cas d'un pyromane qui a avoué au cours d'un interrogatoire de police d'une durée de six heures être l'auteur de sept des huit incendies dans les environs de Waterville (Nouvelle-Écosse) qui lui étaient reprochés. Le litige portait sur l'admissibilité de ses aveux, en particulier sur la portée des règles de common law relatives au caractère volontaire des confessions. On considère à juste titre que cette décision impose des conditions sévères à l'exclusion d'aveux. Les juges de la Cour s'entendaient sur les principes de droit applicables mais étaient divisés à 6 contre 1 sur l'application du droit aux faits. En ce qui a trait aux principes de droit, le juge Iacobucci a fait observer qu'en matière d'exclusion, au-delà des théories traditionnelles de l'oppression et des encouragements (qui « s'attachent principalement à la fiabilité »), le droit régissant les confessions vise également à protéger « une conception plus large du caractère volontaire "qui met l'accent sur la protection des droits de l'accusé et l'équité du processus pénal" » (par. 69). Cela dit, la Cour a également insisté sur « la nécessaire faculté de la société d'enquêter sur les crimes et de les résoudre » (par. 33) et a mentionné (deux fois) l'opinion incidente du juge Lamer selon laquelle « une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doive obéir aux règles du marquis de Queensbury » : *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 697.

[94] Les faits de l'affaire *Oickle* ont amené la majorité (la juge Arbour était dissidente) à conclure au caractère volontaire des aveux, même si elle reconnaissait que la police avait minimisé la gravité des crimes (par. 77), avait offert de l'assistance psychiatrique (mais pas en contrepartie d'une confession) (par. 78) et avait laissé entendre qu'il pourrait s'avérer nécessaire d'administrer un test polygraphique à la fiancée de M. Oickle pour déterminer si elle était impliquée dans les incendies, mais que, semble-t-il, ce ne serait pas nécessaire s'il passait aux aveux (par. 84). La police avait prétendu que les résultats d'un test polygraphique positif étaient « infaillibles » (par. 95) et s'était empressée de commencer à poser des questions persistantes à M. Oickle immédiatement après l'avoir informé qu'il avait « échoué » au test polygraphique (par. 101).

[95] On the other hand, the police questioning was courteous and Mr. Oickle was told on at least two occasions *before* his confession that he was free to leave the interrogation (which took place in a motel room) if he wished. The majority held that the police conduct was not necessarily incompatible with Mr. Oickle, in the end, making a *voluntary* confession, as the trial judge had concluded. It was a close case but the points made by the defence, taken in the context of the interrogation as a whole, did not in the view of the majority warrant setting aside the finding of voluntariness by the trial judge to whom deference was owed. A lesson to be drawn from *Oickle*, in my view, is that while the legal principles are comprehensive and fair, in the absence of egregious circumstances, the Crown will be able to establish "voluntariness" without great difficulty when that is the specific issue before the Court.

[96] The second trump card for the police is the majority judgment in *Singh*. Singh was charged with second degree murder when a stray bullet hit and killed an innocent bystander outside a pub. The issue was identification of the shooter. Under interrogation by the police, Singh was not permitted to return to his cell or otherwise bring the lengthy questioning to a close despite his assertion of his right to silence on 18 different occasions. The majority emphasized "the critical balancing of state and individual interests" (para. 7) and observed that "the individual's right to *remain* silent . . . does not mean . . . that a person has the right *not to be spoken to* by state authorities" (para. 28 (emphasis in original)). Accordingly, Charron J. for the majority concluded that "where a statement [of the detainee] has survived a thorough inquiry into voluntariness, the accused's *Charter* application alleging that the statement was obtained in violation of the pre-trial right to silence under s. 7 cannot succeed" (para. 8 (emphasis added)). Nevertheless, Charron J. noted that the "right to silence and right to counsel are not the same" (para. 43).

[95] Par contre, la police avait posé ses questions de façon courtoise et précisé à M. Oickle, à au moins deux reprises *avant* sa confession, qu'il était libre de partir s'il le souhaitait (l'interrogatoire avait eu lieu dans une chambre de motel). La majorité a statué que la conduite de la police n'était pas nécessairement incompatible avec une confession en fin de compte *volontaire* de la part de M. Oickle, comme l'avait conclu la juge de première instance. Ce n'était pas une affaire facile à trancher, mais les arguments invoqués par la défense, considérés dans le contexte de l'interrogatoire pris globalement, ne justifiaient pas, selon la majorité, l'annulation de la conclusion de la juge de première instance sur le caractère volontaire, à l'égard de laquelle la déférence s'imposait. On peut, à mon avis, tirer une leçon de *Oickle* : bien que les principes de droit soient exhaustifs et équitables, en l'absence de cas flagrants, le ministère public pourra établir sans grandes difficultés le « caractère volontaire » d'aveux si telle est la question précise sur laquelle la Cour doit statuer.

[96] Le deuxième atout de la police est le jugement majoritaire rendu dans *Singh*. M. Singh a été inculpé de meurtre au deuxième degré après qu'une balle perdue eut tué un passant innocent qui se trouvait dans l'entrée d'un pub. Le litige portait sur l'identification du tireur. Lors de son interrogatoire par la police, M. Singh n'avait pas été autorisé à réintégrer sa cellule ou autrement à mettre fin à une longue séance de questions, même s'il avait invoqué à 18 reprises différentes son droit au silence. La majorité a souligné « l'équilibre crucial entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu » (par. 7) et a fait observer que « le droit d'un individu de *garder* le silence [. . .] ne signifie pas que quelqu'un a le droit *de ne pas se faire adresser la parole* par les autorités de l'État » (par. 28 (en italique dans l'original)). La juge Charron a ainsi conclu, au nom de la majorité, que « lorsqu'une déclaration [du détenu] a résisté à un examen approfondi du caractère volontaire, la demande fondée sur la *Charte* dans laquelle l'accusé allègue que cette déclaration a été obtenue en violation du droit de garder le silence avant le procès, garanti par l'art. 7, ne saurait être accueillie » (par. 8 (je souligne)). La juge Charron a néanmoins précisé que « le droit de garder le silence et celui de recourir à l'assistance d'un avocat diffèrent » (par. 43).

[97] So now we come to the right of counsel. It seems the police are to be given a third trump card. The detainee is not to be entitled to "*l'assistance d'un avocat*" after obtaining preliminary advice (presumably being advised to refuse to cooperate), unless there are changed circumstances such as "[n]on-routine procedures, like participation in a line-up or submitting to a polygraph [test that would] not generally fall within the expectation of the advising lawyer at the time of the initial consultation" (para. 50), or a change in legal jeopardy (para. 51), or an indication that a detainee "who has waived his right to counsel may not have understood his right", or "if the police undermine the legal advice that the detainee has received" (para. 52). Although these categories are not "closed", it is clearly stated that "the common police tactic of gradually revealing (actual or fake) evidence to the detainee in order to demonstrate or exaggerate the strength of the case against him" does not "automatically trigge[r] the right to a second consultation with a lawyer, giving rise to renewed s. 10(*b*) rights" (para. 60). In my view, we are not talking here of "renewed" or revivified s. 10(*b*) rights. Until the lawyer is aware in at least a general way of the unfolding case being put to his or her client, the lawyer may be in no position to render — and the detainee may not receive — "*l'assistance d'un avocat*" in any meaningful sense.

[98] What now appears to be licensed as a result of the "interrogation trilogy" is that an individual (presumed innocent) may be detained and isolated for questioning by the police for at least five or six hours without reasonable recourse to a lawyer, during which time the officers can brush aside assertions of the right to silence or demands to be returned to his or her cell, in an endurance contest in which the police interrogators, taking turns with one another, hold all the important legal cards.

[99] In *Oickle* and *Singh*, and again in this case, the majority opinion emphasizes the important societal

[97] Nous en venons maintenant au droit à l'assistance d'un avocat. Il semble qu'on accorde à la police un troisième atout. Le détenu n'a pas droit à « l'assistance d'un avocat » après avoir obtenu des conseils préliminaires (vraisemblablement, celui de refuser de coopérer), sauf s'il y a un changement de circonstances — par exemple « des mesures peu habituelles, comme une séance d'identification ou un test polygraphique », auxquels « [l]'avocat chargé de conseiller le détenu au moment de la consultation initiale ne s'attend généralement pas » (par. 50), un changement du risque juridique (par. 51) ou une indication que le détenu « qui a renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat n'a peut-être pas compris son droit », ou bien si « la police dénigre les conseils juridiques reçus par le détenu » (par. 52). Bien que ces catégories ne soient pas « limitatives », il est mentionné clairement que « la tactique, souvent utilisée par la police, de révéler petit à petit des éléments de preuve (réels ou faux) au détenu pour démontrer ou exagérer la solidité de la preuve contre lui [ne] donne [pas] automatiquement naissance au droit à une deuxième consultation avec un avocat en faisant renaître les droits garantis à l'al. 10*b*) » (par. 60). À mon avis, il n'est pas question en l'espèce de droits garantis par l'al. 10*b*) qui « renaîtraient » ou seraient revivifiés. Jusqu'à ce que l'avocat soit au courant, au moins d'une façon générale, des éléments de preuve qui sont dévoilés à son client, il risque de ne pas être en mesure de fournir une *assistance* utile — et le détenu risque d'être privé d'une telle assistance.

[98] En conséquence de la « trilogie de l'interrogatoire », la police pourra désormais, semble-t-il, détenir un individu (présumé innocent), le garder en isolement pour lui poser des questions pendant au moins cinq ou six heures sans lui donner une possibilité raisonnable de consulter un avocat, et balayer pendant ce temps ses revendications du droit de garder le silence ou ses demandes de regagner sa cellule, dans le cadre d'une épreuve d'endurance au cours de laquelle les interrogateurs de la police, se relayant l'un l'autre, possèdent tous les atouts juridiques importants.

[99] Dans *Oickle* et dans *Singh*, et de nouveau dans la présente affaire, l'opinion de la majorité

interest in resolving crimes. This, of course, is a very valid consideration, but society also intends crimes to be solved in a framework that respects civil liberties and the fairness of the justice system: *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; and *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190. This includes "*l'assistance d'un avocat*". For reasons already given, I do not believe the majority approach in this case reaches the threshold of meaningful assistance.

souligne l'intérêt de la société à ce que les crimes soient résolus. Il s'agit bien sûr d'une considération tout à fait valable, mais la société veut aussi que les crimes soient résolus dans un cadre qui respecte les libertés civiles et l'équité du système de justice (*R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; et *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190), y compris le droit à « l'assistance d'un avocat ». Or, pour les raisons déjà exposées, je ne crois pas que l'approche adoptée en l'espèce par la majorité satisfasse à l'exigence minimale en matière d'assistance utile.

The Appellant's More Expansive Approach to Section 10(*b*)

[100] The appellant would interpret s. 10(*b*) to give the lawyer a place in the interrogation room. This may be of interest to rich people (as Legal Aid across the country is in no position to fund such a service), but it is not clear what role the lawyer would play. Would the lawyer participate actively by vetting and objecting to questions and demanding "clarifications" or sit there like the proverbial potted plant? The former role risks bringing the tactics of the courtroom into the preliminaries of a police interrogation. There would be no judge present to referee clashes between the defence lawyer and the police interrogator (who might then understandably complicate matters further by involving a Crown Attorney).

L'interprétation plus large donnée par l'appelant à l'al. 10*b*)

[100] Selon l'appelant, l'al. 10*b*) doit être interprété de façon à donner à l'avocat une place dans la salle d'interrogatoire. Cela serait sans doute intéressant pour les gens fortunés (puisque nulle part au pays l'aide juridique n'est en mesure de financer un tel service), mais il est difficile de savoir quel rôle jouerait l'avocat. Participerait-il activement à l'interrogatoire en approuvant certaines questions, en s'opposant à d'autres et en demandant des « éclaircissements », ou ferait-il simplement figure de potiche? Dans le premier cas, les tactiques utilisées en salle d'audience risqueraient d'être introduites dans les préliminaires d'un interrogatoire de la police. Aucun juge ne serait présent pour arbitrer les affrontements entre l'avocat de la défense et l'interrogateur de la police (qui pourrait alors compliquer encore les choses en faisant intervenir un procureur de la Couronne, ce qui se comprend parfaitement).

[101] The appellant invokes *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), at p. 469, where the U.S. Supreme Court adopted the sweeping proposition:

> The circumstances surrounding in-custody interrogation can operate very quickly to overbear the will of one merely made aware of his privilege by his interrogators. Therefore, the right to have counsel present at the interrogation is indispensable to the protection of the Fifth Amendment privilege under the system we delineate today. [Emphasis added.]

[101] L'appelant invoque l'arrêt *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), p. 469, où la Cour suprême des États-Unis a adopté le large principe suivant :

> [TRADUCTION] Les circonstances de l'interrogatoire sous garde peuvent avoir très rapidement pour effet d'ébranler la volonté de quelqu'un qui a été simplement informé de son privilège par ses interrogateurs. Le droit d'avoir un avocat présent à l'interrogatoire est donc indispensable à la protection du privilège garanti par le Cinquième Amendement selon le système dont nous délimitons la portée aujourd'hui. [Je souligne.]

While LeBel and Fish JJ. say that they "are not advocating the adoption of the American rules

Les juges LeBel et Fish affirment qu'ils « ne préconis[ent] pas l'adoption au Canada des règles en

under *Miranda*" (para. 201), they are clear in their view that "early fears" raised by *Miranda* proved to be "unfounded" (para. 199). Whatever may be my colleagues' eventual position (if any) on having counsel present during custodial interrogations, my own view is that adoption of the *Miranda* rule would seriously overshoot the purpose of s. 10(*b*) in the Canadian context, with its different structure of checks and balances. The need for caution not to overshoot the purpose of s. 10(*b*) was emphasized in a somewhat different context by Lamer J. in *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368, at p. 385:

> This limit on the rights of an arrested or detained person is essential because without it, it would be possible to delay needlessly and with impunity an investigation and even, in certain cases, to allow for an essential piece of evidence to be lost, destroyed or rendered impossible to obtain. The rights set out in the *Charter*, and in particular the right to retain and instruct counsel, are not absolute and unlimited rights. They must be exercised in a way that is reconcilable with the needs of society. An arrested or detained person cannot be permitted to hinder the work of the police by acting in a manner such that the police cannot adequately carry out their tasks. [Emphasis added.]

No doubt, a defence counsel sitting mute in the interrogation room would be better informed than one who is excluded, but the potential "to delay needlessly and with impunity" cannot be doubted by anyone who has experienced the disruptive force of even a moderately aggressive lawyer in a civil examination for discovery (a proceeding that is also un-refereed). Of course, the detainee (unlike the civil litigant) has a right to silence, but there is no corresponding obligation of silence placed on defence counsel. My colleagues LeBel and Fish JJ. rightly observe that police interrogations in a criminal case are not analogous to a civil examination for discovery (para. 173). Yes, the settings are different, but the potential for disruption is comparable.

[102] I do not suggest that defence counsel would deliberately abuse a right of access. I say only that

vigueur aux États-Unis en vertu de *Miranda* » (par. 201), mais ils expriment clairement l'avis que les « craintes initiales » soulevées par *Miranda* se sont révélées sans fondement (par. 199). Quelle que soit la position éventuelle de mes collègues sur la question de la présence de l'avocat pendant les interrogatoires sous garde, personnellement j'estime que l'adoption de la règle *Miranda* outrepasserait de beaucoup l'objet de l'al. 10*b*) dans le contexte canadien en raison de notre jeu de freins et contrepoids différent. La nécessité de veiller à ne pas dépasser l'objet de l'al. 10*b*) a été soulignée dans un contexte quelque peu différent par le juge Lamer dans *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368, p. 385 :

> Cette limite aux droits d'une personne arrêtée ou détenue est essentielle puisque sans elle, il serait possible de retarder inutilement et impunément une enquête et même, dans certains cas, de faire en sorte qu'une preuve essentielle soit perdue, détruite ou impossible à obtenir. Les droits énoncés dans la *Charte*, et en particulier le droit à l'assistance d'un avocat, ne sont pas des droits absolus et illimités. Ils doivent être exercés d'une façon qui soit conciliable avec les besoins de la société. On ne peut permettre à une personne arrêtée ou détenue d'entraver le travail des policiers en lui permettant de faire en sorte que ces derniers ne puissent effectuer adéquatement leur tâche. [Je souligne.]

Il est certain que l'avocat de la défense présent sans rien dire dans la salle d'interrogatoire sera mieux informé que celui qui en est exclu. Mais quiconque a déjà vu la force perturbatrice d'un avocat même modérément combatif lors d'un interrogatoire préalable en matière civile (procédure où il n'y a pas non plus d'arbitre) ne peut mettre en doute le risque que l'enquête soit « retard[ée] inutilement et impunément ». Bien sûr, le détenu (contrairement au plaideur en matière civile) a le droit de garder le silence, mais l'avocat de la défense n'a pas l'obligation correspondante de garder le silence. Mes collègues les juges LeBel et Fish ont fait observer à juste titre que les interrogatoires de police dans une affaire criminelle ne sont pas analogues aux interrogatoires préalables en matière civile (par. 173). Il est vrai que le cadre est différent, mais les possibilités de perturbation sont comparables.

[102] Je ne dis pas que les avocats de la défense abuseraient délibérément d'un droit d'accès à la

inviting them into the interrogation room would, in my view, interpret s. 10(*b*) rights in a way that would excessively undermine the ability of the police to "adequately carry out their tasks".

[103] Of course, nothing prevents Parliament from regulating the presence of counsel at a police interrogation, but in jurisdictions where this has been done, the legislature has generally taken care to spell out the applicable circumstances, e.g. the Australian Commonwealth *Crimes Act 1914*, Part IC, ss. 23G and 23L; the New South Wales *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002*, s. 123; the Queensland *Police Powers and Responsibilities Act 2000*; the English *Police and Criminal Evidence Act 1984*, 1984, c. 60, ss. 58 and 66; and related Practice Codes (including Code C — Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers), and the English *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, 1994, c. 33. Our Parliament and/or the provincial legislatures have not seen fit to introduce similar measures within their respective areas of jurisdiction.

Undershooting the Section 10(*b*) Right

[104] That said, I believe the majority view expressed by the Chief Justice and Charron J. *under*shoots the right. Their interpretation presupposes that a detainee is faced with a stark binary choice between cooperation and non-cooperation, whereas a properly informed detainee may choose to cooperate with the police in whole or in part on some issues but not on others. A lawyer's "one size fits all" instruction to a detained individual to keep quiet and decline to cooperate may turn out to be terrible advice. As more information is put to the detainee in the course of the interrogation regarding the date, time, and circumstances of the offence, for example, it may emerge that he has an alibi but he will fail to disclose it — because the lawyer told him over the phone to say nothing — despite the fact it would be in the detainee's interest to make such disclosure immediately. It may turn out — by way of another example — that there are

salle d'interrogatoire. Je dis simplement que le fait de les y inviter reviendrait, à mon avis, à donner aux droits garantis par l'al. 10*b*) une interprétation qui nuirait excessivement à la capacité des policiers d'« effectuer adéquatement leur tâche ».

[103] Rien n'interdit, bien sûr, au législateur de réglementer la présence de l'avocat lors d'un interrogatoire de la police, mais là où il l'a fait, il a généralement pris soin de décrire clairement les circonstances d'application, par exemple dans la *Crimes Act 1914* du Commonwealth australien, partie IC, art. 23G et 23L; dans la *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* de la Nouvelle-Galles du Sud, art. 123; dans la *Police Powers and Responsibilities Act 2000* du Queensland; dans la *Police and Criminal Evidence Act 1984*, 1984, ch. 60, art. 58 et 66, de l'Angleterre, et dans les codes de pratique connexes (dont le Code C — Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers) ainsi que dans la *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, 1994, ch. 33, de l'Angleterre. Ni le Parlement fédéral ni les assemblées législatives provinciales n'ont jugé bon d'instaurer des mesures analogues dans leurs sphères de compétence respectives.

Affaiblissement du droit garanti par l'al. 10*b*)

[104] Cela dit, je crois que le point de vue de la majorité exprimé par la Juge en chef et la juge Charron *affaiblit* le droit en question. Leur interprétation présuppose que le détenu fait face à un choix strictement binaire entre la coopération et la non-coopération, alors qu'un détenu bien informé peut choisir de coopérer avec la police entièrement ou en partie sur certains aspects mais non sur d'autres. Le conseil « passe-partout » que l'avocat donne au détenu de garder le silence et de refuser toute coopération peut dans certains cas se révéler désastreux. Lorsque de nouveaux renseignements lui sont dévoilés au cours de l'interrogatoire au sujet de la date, de l'heure et des circonstances de l'infraction, par exemple, le détenu peut se rendre compte qu'il dispose d'un alibi mais décide de ne pas en faire part parce que son avocat lui a recommandé au téléphone de ne rien dire, alors que ce serait dans son intérêt de le mentionner sans

a number of co-accused, in which case offering some additional information to lay the basis for an exculpatory "cutthroat" defence may be preferable to silence. Other facts may come to light giving the detainee a new interest in providing an explanation where previously the detainee declined to cooperate. There will be many matters unknown to the lawyer (and perhaps to the detainee) in their initial conversation. Preliminary advice might provide a snapshot of the applicable law and is, of course, a good start, but it hardly discharges the detainee's right to meaningful legal "assistance".

[105] There exists an intermediate position that would allow the detainee *reasonable* access to legal advice from time to time in the course of a police interrogation (which in this case, as stated, lasted about five hours) without defence counsel being actually present in the interrogation room. The Crown argues that any such approach would create difficult issues of line drawing for police interrogators: When should further consultation be allowed? When can it be delayed? How frequently is "reasonable"? The fact is, however, that unless the detainee is to have a constitutional right unilaterally to stop police questioning at any time merely by indicating a wish to speak to counsel (again) — a position which in my view tilts the balance too far against the community interest in law enforcement — it is inevitable that the police are going to have to make the reasonableness judgment in the first instance. I do not see this as deeply problematic. Police deal with "reasonableness" issues all the time. It is one of the organizing principles that govern their professional work. Various factors can provide guidance, as will be discussed. What is not acceptable, in my view, is to read down the s. 10(*b*) right for the purpose of making it easier for the police to administer it.

tarder. Il peut arriver — je donne un autre exemple — qu'il y ait des coaccusés; dans ce cas, il peut s'avérer préférable, plutôt que de garder le silence, de donner des renseignements additionnels sur lesquels pourra être fondé un moyen de défense consistant à se disculper en accusant les autres. Des faits nouveaux peuvent être mis au jour et procurer au détenu de nouvelles raisons de donner une explication alors qu'il avait jusque-là refusé de coopérer. Il y aura bien des choses que l'avocat (et peut-être le détenu lui-même) ne sait pas lors de la conversation initiale. Les conseils préliminaires donnent un aperçu du droit applicable et constituent, certes, un bon point de départ, mais ils ne suffisent certainement pas à épuiser le droit du détenu à une « assistance » juridique utile.

[105] Il existe une position intermédiaire, qui reconnaîtrait au détenu un droit d'accès *raisonnable* à des conseils juridiques de temps à autre au cours d'un interrogatoire de la police (qui en l'espèce, comme je l'ai indiqué, a duré environ cinq heures) sans que l'avocat de la défense se trouve dans la salle d'interrogatoire. Le ministère public fait valoir qu'une solution de ce genre créerait des difficultés aux interrogateurs de la police pour l'établissement de la ligne de démarcation : Dans quels cas faut-il permettre une autre consultation? Dans quels cas peut-elle être différée? Quelle fréquence peut être considérée comme « raisonnable »? Il reste cependant que, sauf si le détenu a le droit constitutionnel d'arrêter unilatéralement les questions de la police à tout moment simplement en indiquant qu'il désire parler à un avocat (encore une fois) — position qui, à mon avis, fait trop pencher la balance contre l'intérêt de la communauté à ce que la loi soit appliquée —, il est inévitable que la police devra en premier lieu faire preuve de jugement quant au caractère raisonnable. Cela ne pose pas, à mon avis, un énorme problème. Les policiers ont constamment à résoudre des problèmes relatifs à la détermination de ce qui est « raisonnable ». C'est l'un des principes directeurs de leur profession. Divers éléments peuvent les guider à cet égard, comme nous le verrons. Ce qui n'est pas acceptable, à mon sens, c'est d'atténuer la portée du droit garanti à l'al. 10*b*) dans le but d'en faciliter l'application pour la police.

Grounds for Further Consultation

[106] What gives grounds for a further consultation will depend on the evolving circumstances. The police are not, in my opinion, required to shut down their interrogation simply because the detainee expresses a desire to consult again with counsel as seemingly advocated by my colleagues LeBel and Fish JJ. (para. 177). On the other hand, the need for a further consultation (and thus a suspension but not a termination of the interrogation) may arise, I believe, in circumstances beyond those contemplated by my colleagues the Chief Justice and Charron J. I accept that the detainee's request must be for the purpose of the s. 10(*b*) right — i.e. related to the need for *legal* assistance — and not simply to delay or distract from the sort of police interrogation approved in *Oickle* and *Singh*. Moreover, justification for such additional consultation(s) must find objective support in factors which would include (but are not limited to):

1. The extent of prior contact with counsel. Was it an extended consultation or a cursory telephone call?

2. The length of the interview at the time of the request. A request made after an hour of questioning may carry more weight than one made as soon as the questioning begins.

3. The extent of other information (true or false) provided by the police to the detainee about the case during the interrogation, which may reasonably suggest to the detainee that the advice in the initial consultation may have been overtaken by events.

4. The existence of exigent or urgent circumstances that militate against any delay in the interrogation.

5. Whether an issue of a legal nature has arisen in the course of the interrogation, e.g. if the

Motifs justifiant une autre consultation

[106] Ce qui peut justifier une autre consultation dépendra de l'évolution des circonstances. La police n'est pas tenue, selon moi, de mettre fin à son interrogatoire simplement parce que le détenu exprime le désir de consulter de nouveau un avocat, comme semblent le préconiser mes collègues les juges LeBel et Fish (par. 177). Par contre, la nécessité d'une autre consultation (entraînant la suspension mais non l'arrêt définitif de l'interrogatoire) peut se présenter, selon moi, dans des circonstances différentes de celles envisagées par mes collègues la Juge en chef et la juge Charron. Je conviens que la demande du détenu doit cadrer avec l'objet du droit garanti par l'al. 10*b*) — c.-à-d. se rapporter au besoin d'assistance *juridique* — et ne doit pas simplement retarder le genre d'interrogatoire de police approuvé dans *Oickle* et dans *Singh* ou permettre au détenu de s'y soustraire temporairement. En outre, la justification de cette autre ou de ces autres consultations doit reposer sur un fondement objectif, y compris les facteurs suivants :

1. La portée de la communication antérieure avec l'avocat. S'agit-il d'une consultation en profondeur ou d'un appel téléphonique superficiel?

2. La durée de l'entretien au moment de la demande. Une demande faite après une heure de questions risque d'avoir plus de poids qu'une demande faite dès le début de l'entretien.

3. L'ampleur des autres renseignements (vrais ou faux) fournis au détenu par la police au sujet de l'affaire pendant l'interrogatoire, dont il est raisonnable de croire qu'elle peut amener le détenu à penser que les conseils reçus lors de la consultation initiale ont peut-être perdu de leur pertinence en raison de la tournure des événements.

4. L'existence de circonstances pressantes incitant fortement à ne pas retarder l'interrogatoire.

5. La survenance d'un incident de nature juridique au cours de l'interrogatoire — par exemple si

police bring forward "similar fact" occurrences allegedly involving the detainee, he or she might legitimately want to understand how a response to questions on those collateral events might impact potential liability on the crime charged.

6. The mental and physical condition of the detainee, including signs of fatigue or confusion, to the extent that this is or ought to be apparent to the interrogator.

[107] The Chief Justice and Charron J. argue that their truncated interpretation of s. 10(*b*) would be easier for the police to administer. No doubt, this is true. Rights during an interrogation will be harder to administer than no rights. My colleagues state:

> Finally, the proposed test is so vague that it is impractical. No doubt, courts over the years would sort out these problems as best they can. But these efforts will leave a trail of *Charter* motions, appeals and second trials in their wake. [para. 59]

This "floodgates" argument, also advocated by the Crown, has been rejected in numerous *Charter* contexts notwithstanding that the elaboration of *Charter* rights have generally left in their wake "a trail of *Charter* motions, appeals and second trials". The *Charter* is framed in general language. Litigation is inevitable. The criminal justice system might well work more smoothly and efficiently from the crime-stopper's perspective if we had no *Charter*, but so long as we do have a *Charter*, s. 10(*b*) like other *Charter* rights should be given a broad interpretation consistent with its purpose. If it takes time to work out its proper amplitude, so be it.

[108] Is the test suggested above vague and impractical? "Reasonableness" is a constitutional standard that is widely employed and is familiar to the police. Officers regularly consult with Crown counsel and have experience in determining when

la police évoque des « faits similaires » dans lesquels le détenu serait impliqué, il pourrait légitimement vouloir comprendre l'incidence qu'une réponse aux questions sur ces faits connexes pourrait avoir sur une éventuelle responsabilité à l'égard du crime reproché.

6. L'état psychologique et physique du détenu, notamment les signes de fatigue ou de confusion, dans la mesure où cet état est apparent ou devrait l'être pour l'interrogateur.

[107] La Juge en chef et la juge Charron font valoir que leur interprétation tronquée de l'al. 10*b*) faciliterait la tâche de la police. Cela ne fait aucun doute : l'existence de droits pendant l'interrogatoire lui rendra la vie plus difficile que l'absence de droits. Mes collègues écrivent :

> Enfin, le test proposé est si vague qu'il est difficile à appliquer. Il est certain qu'au fil des ans les tribunaux règlent ces problèmes du mieux qu'ils peuvent. Tous ces efforts laisseront toutefois dans leur sillage une série de requêtes, d'appels et de deuxièmes procès fondés sur la *Charte*. [par. 59]

Cet argument de « l'avalanche de poursuites », également invoqué par le ministère public, a été rejeté dans nombre de contextes relevant de la *Charte* malgré le fait que l'élaboration de droits fondés sur celle-ci a généralement laissé dans son sillage « une série de requêtes, d'appels et de deuxièmes procès fondés sur la *Charte* ». La *Charte* est rédigée en termes généraux. Les litiges sont inévitables. Le système de justice criminelle fonctionnerait peut-être plus en douceur et plus efficacement du point de vue des autorités chargées de la répression du crime s'il n'y avait pas de *Charte*, mais tant que la *Charte* existe, le droit garanti par l'al. 10*b*) doit recevoir, comme les autres droits prévus par la *Charte*, une interprétation large qui soit compatible avec son objet. S'il faut du temps pour en déterminer la portée exacte, qu'il en soit ainsi.

[108] Le test proposé ci-dessus est-il vague et difficile à appliquer? La « raisonnabilité » est une norme constitutionnelle largement employée et bien connue de la police. Les policiers consultent régulièrement les avocats du ministère public

taking counsel is reasonably necessary. The police are regularly involved in search and seizure activity; yet s. 8 of the *Charter*, they know, protects only against "unreasonable search or seizure". In the case of a warrantless search, the Crown must establish that the manner in which the police carried out the search was *reasonable*: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278. The police must, therefore, determine in the first instance the extent of the rights of the individuals they wish to search. Even within s. 10(*b*) the police will often be required to decide whether a detainee has exercised *reasonable* diligence in the initial exercise of his s. 10(*b*) rights. The police must wait a *reasonable* time for the detainee to get in touch with counsel before proceeding with questioning. The police deal routinely with these and other aspects of "reasonableness", and I see no reason why they should not be capable of treating s. 10(*b*) reasonableness in relation to a demand for further consultation with counsel with the same level of professionalism.

et ont de l'expérience pour déterminer quand la consultation d'un avocat est raisonnablement nécessaire. Ils sont régulièrement appelés à agir en matière de fouille, perquisition et saisie, et pourtant ils savent que la garantie prévue à l'art. 8 de la *Charte* protège seulement contre les « fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Dans le cas d'une fouille ou perquisition sans mandat, le ministère public doit établir qu'elle *n'a pas été effectuée d'une manière abusive* par la police : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278. La police doit par conséquent déterminer au départ la portée des droits des individus qu'elle souhaite fouiller. Même dans le cadre de l'al. 10*b*), elle se verra souvent appelée à décider si le détenu a fait preuve de diligence *raisonnable* dans l'exercice initial de ses droits prévus par l'al. 10*b*). Avant de poser des questions au détenu, elle doit attendre un délai *raisonnable* pour lui permettre de communiquer avec un avocat. Elle est couramment aux prises avec ces aspects — et d'autres — de la « raisonnabilité »; je ne vois pas pourquoi elle ne pourrait pas faire preuve du même degré de professionnalisme lorsqu'il s'agit de juger du caractère raisonnable d'une demande de consultation supplémentaire fondée sur l'al. 10*b*).

[109] The existence of a s. 10(*b*) right creates a correlative duty (or responsibility) on the part of the police to respect and implement that right. However, as mentioned at the outset, there seems to be a certain dissonance emerging in the court's view of the police capacity for judgment when it comes to the determination (in the first instance) of their own previously unrecognized *powers* at common law (see, e.g., *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725), and police capacity in making determinations (in the first instance) about their *duties* and *responsibilities*.

[109] L'existence d'un droit prévu par l'al. 10*b*) impose à la police l'obligation (ou la responsabilité) corrélative de respecter et d'appliquer ce droit. Toutefois, comme je l'ai mentionné au début, une certaine discordance semble se dégager dans le point de vue de la Cour quant à la capacité de la police de faire preuve de jugement lorsqu'il s'agit de déterminer (au départ) ses *pouvoirs* non reconnus auparavant par la common law (voir p. ex. *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725), ou quant à sa capacité de prendre des décisions (au départ) au sujet de ses *obligations* et *responsabilités*.

[110] In the recent case of *R. v. Waugh*, 2010 ONCA 100, 251 C.C.C. (3d) 139, a police officer decided that he had the power to impound a motor vehicle he believed to be uninsured. He had no statutory authority to do so. The correctness of the police decision to seize the car, accordingly, fell to be decided under the *Dedman/Waterfield* test

[110] Dans l'affaire récente *R. c. Waugh*, 2010 ONCA 100, 251 C.C.C. (3d) 139, un agent de police a décidé qu'il avait le pouvoir de mettre en fourrière un véhicule automobile qu'il croyait non assuré. Or la loi ne lui conférait pas ce pouvoir. Pour statuer sur le bien-fondé de la décision de la police de saisir le véhicule, il fallait donc recourir au test *Dedman/*

(*R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.)), which incorporates two rather vague criteria, namely (1) did the police conduct in question fall within the "general scope of any duty imposed by statute or recognized at common law", and (2) did such conduct "albeit within the general scope of such a duty, involv[e] an unjustifiable use of powers associated with the duty" (para. 26)? Blair J.A., for the Ontario Court of Appeal, conceded that:

> the common law has never explicitly recognized the authority of the police to tow a vehicle as deriving from their general police duties. However, I see no reason why that should not be the case provided the *Dedman/Waterfield* test is met in the circumstances and provided the police act reasonably and prudently. Here, in my view, the test is met and the police acted reasonably and prudently. [para. 27]

(There's that "reasonably" word linked to police judgment again!) The *Dedman/Waterfield* test poses quite an abstract assessment for the police to make when deciding if they can seize a motor vehicle (*Waugh*), or blockade the parking lot of a strip club based on a 9-1-1 gun call (*Clayton*), or initiate a random road stop without statutory authority (*Dedman*), or detain someone on the street for questioning even if the police possess no reasonable and probable grounds to believe that the person was involved in criminal activity (*R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59). In all these cases, the police made the initial determination of their previously unrecognized powers, and the courts held that the police got it right.

[111] My colleagues LeBel and Fish JJ. object to this "intermediate position" on s. 10(*b*) with the argument that the exercise of the right to counsel "cannot be made to depend on an interrogator's opinion" (para. 172), and "we do not accept that fresh access to counsel is limited to situations where *the police interrogator* is satisfied either

Waterfield (*R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.)), qui comporte deux critères plutôt vagues, à savoir (1) est-ce que la conduite policière en cause entre dans [TRADUCTION] « le cadre général d'un devoir imposé par une loi ou reconnu par la common law » et (2) est-ce qu'une telle conduite, [TRADUCTION] « bien que dans le cadre général d'un tel devoir, a comporté un emploi injustifiable des pouvoirs découlant de ce devoir » (par. 26)? Le juge Blair, de la Cour d'appel de l'Ontario, a admis que :

> [TRADUCTION] la common law n'a jamais reconnu explicitement que le pouvoir de la police de remorquer un véhicule découle de ses fonctions générales. Je ne vois cependant pas pourquoi cela ne devrait pas être le cas, pourvu qu'il soit satisfait au test *Dedman/Waterfield* dans les circonstances et que la police agisse d'une manière raisonnable et prudente. En l'espèce, à mon avis, il est satisfait au test, et la police a agi d'une manière raisonnable et prudente. [par. 27]

(Voilà encore une fois cette notion de « raisonnable » qui est liée au jugement dont doit faire preuve la police!) Le test *Dedman/Waterfield* impose à la police une évaluation plutôt abstraite lorsqu'il lui faut décider si elle peut saisir un véhicule (*Waugh*), établir un barrage routier à l'entrée du stationnement d'un club de danseuses nues par suite d'un appel au 9-1-1 signalant la présence d'armes à feu (*Clayton*), procéder à l'interception au hasard d'un véhicule sans y être autorisée par la loi (*Dedman*) ou détenir une personne dans la rue pour lui poser des questions même si la police n'a aucun motif raisonnable et probable de croire que la personne est mêlée à une activité criminelle (*R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59). Dans tous ces cas, la police a conclu au départ à l'existence de pouvoirs qui ne lui étaient pas reconnus jusque-là, et les tribunaux lui ont donné raison.

[111] Mes collègues les juges LeBel et Fish s'opposent à la présente « position intermédiaire » à l'égard de l'al. 10*b*), soutenant que l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat « ne peu[t] être subordonn[é] ainsi à l'opinion d'un enquêteur » (par. 172) et affirmant qu'ils « n'accept[ent] pas la thèse selon laquelle la possibilité de consulter de

that there has been a material change in circumstances, or that the request is not made in an effort to delay or distract" (para. 179 (emphasis in original)). This is a curious argument. In every interaction between the police and the citizen, the police have to assess, in the first instance, the limits of their authority and the extent of the rights and liberties sought to be exercised by the person they are dealing with. This is true of the individual's right to drive out of a parking lot (*Clayton*), resist a body search (*Mann*), or walk away from a police officer despite the command: "Wait a minute. I need to talk to you before you go anywhere" (*R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, at para. 9). Equally, short of inserting a judge (as well as defence counsel) into the police interrogation room, it will always be for the interrogator to determine *in the first instance* whether the s. 10(*b*) right is invoked reasonably. The alternative is to allow the detainee to shut down the interrogation simply by uttering the magic words, "I want to speak to my lawyer NOW", a form of unilateral control by the detainee seemingly embraced by my colleagues LeBel and Fish JJ., at para. 177.

nouveau un avocat est réservée aux cas où *le policier conduisant l'interrogatoire* est convaincu soit de l'existence d'un changement important de circonstances, soit que la demande ne vise pas à retarder l'enquête policière ou à s'y soustraire temporairement » (par. 179 (en italique dans l'original)). C'est un curieux argument. Dans toute interaction entre la police et le citoyen, la police doit évaluer en premier lieu les limites de ses pouvoirs ainsi que la portée des droits et libertés que veut exercer la personne à qui elle a affaire. Il en est ainsi du droit de sortir en voiture d'un parc de stationnement (*Clayton*), de résister à une fouille corporelle (*Mann*) ou de s'éloigner d'un policier malgré l'ordre qui est donné : « Attendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez » (*R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, par. 9). De même, à moins de planter un juge (et aussi un avocat de la défense) dans la salle d'interrogatoire, ce sera toujours à l'interrogateur de déterminer *en premier lieu* s'il est raisonnable d'invoquer le droit garanti par l'al. 10*b*). L'autre solution consiste à permettre au détenu de mettre fin à l'interrogatoire par cette simple déclaration : « Je veux parler à mon avocat MAINTENANT », forme de contrôle unilatéral par le détenu que mes collègues les juges LeBel et Fish semblent accepter (par. 177).

[112] While I agreed with the dissent of Fish J. in *Singh*, I do not see the proper role of s. 10(*b*) as a trump card to be played against the majority judgment in *Singh* by giving the detainee the power under s. 10(*b*) to unilaterally bring a halt to the custodial interrogation in a way that Singh's repeated assertion of a desire to return to his cell failed to accomplish. Section 10(*b*) should be understood and construed in its own terms and for its own purposes. The result of my colleagues' interpretation is to make the detainee the sole judge of further consultations with counsel even if, viewed objectively, such demands are made whimsically or capriciously.

[112] Même si j'ai souscrit aux motifs dissidents du juge Fish dans *Singh*, je ne considère pas qu'on puisse vraiment opposer l'al. 10*b*) au jugement de la majorité dans *Singh* et reconnaître au détenu, en vertu de cette disposition, le pouvoir de mettre fin unilatéralement à l'interrogatoire sous garde d'une façon que le détenu dans *Singh* n'a pas réussi à faire en invoquant à maintes reprises son désir de regagner sa cellule. Il faut comprendre et interpréter l'al. 10*b*) selon son libellé et son objet. L'interprétation que proposent mes collègues a pour résultat de faire du détenu le seul juge de l'utilité de consultations supplémentaires avec l'avocat, même si, d'un point de vue objectif, de telles demandes sont présentées de façon capricieuse.

[113] In my view, the police are entitled in the first instance to assess the objective circumstances surrounding the s. 10(*b*) request. Their assessment

[113] Selon moi, la police a le droit en premier lieu d'évaluer les circonstances objectives de la demande fondée sur l'al. 10*b*). Son évaluation est toujours

is always reviewable by a judge, in the fullness of time, and with the luxury of hindsight. If the police have got it wrong, the prosecution will pay the price.

[114] I cannot think that the police assessment of whether a detainee's request to consult counsel falls within the purpose of s. 10(*b*) — access to proper legal assistance — is any more difficult than whether setting up a random road stop falls within the general concept of police "duty". Nor is determining whether access to counsel is justified by the objective circumstances of the interrogation any more difficult to assess than whether the existence of the police power to blockade the parking lot of a strip club is "unjustifiable". In *Clayton*, moreover, a majority of the Court held that police powers thus defined will necessarily be "consistent with *Charter* values" because justification for the police conduct under the *Dedman/Waterfield* test focusses on "whether the interference with liberty is necessary given the extent of the risk and the liberty at stake, and no more intrusive to liberty than reasonably necessary to address the risk" (para. 21 (emphasis added)). If the police are handed the task of making such on-the-spot judgment calls "reasonably necessary" in relation to previously unrecognized police powers, why is it beyond police capacity to assess their responsibilities in the course of a custodial interrogation? Why are general criteria satisfactory for police to assess their powers but "so vague" as to be "impractical" in relation to their duty to respect a detainee's right to counsel? The answer is that police are quite capable of making both types of judgment calls *in the first instance*.

[115] I agree with my colleagues the Chief Justice and Charron J. that "[n]o doubt, courts over the years would sort out these problems as best they can" (para. 59). This is so — just as the courts (and police) have sorted out (and continue to sort out) every other *Charter* problem "as best they can". The essential fairness of our system of justice is

soumise à une révision par un juge, qui dispose du temps nécessaire et du luxe du recul. Si la police a eu tort, la poursuite en paiera le prix.

[114] Je ne peux pas croire qu'il soit plus difficile pour la police de juger si la demande du détenu de consulter un avocat cadre avec l'objet de l'al. 10*b*) — l'accès à une véritable assistance juridique — que de juger si l'interception au hasard d'un véhicule s'inscrit dans la notion générale de « devoir » de la police. Et il n'est sûrement pas plus difficile de déterminer si l'accès à l'assistance d'un avocat est justifié par les circonstances objectives de l'interrogatoire que de juger si l'existence du pouvoir de la police d'établir un barrage à l'entrée du stationnement d'un club de danseuses nues est « injustifiable ». Dans *Clayton*, en outre, la majorité de la Cour a conclu que des pouvoirs de la police ainsi définis seront nécessairement « compatibles avec les valeurs de la *Charte* » parce que la justification de la conduite de la police selon le test *Dedman/Waterfield* est centrée sur le fait que « l'entrave à la liberté [. . .] était nécessaire vu l'étendue du risque et la liberté en jeu et qu'elle n'était attentatoire que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire face au risque » (par. 21 (je souligne)). Si la police se voit confier la tâche de juger ainsi, sur le moment, de ce qui est « raisonnablement nécessaire » pour ce qui est de ses pouvoirs jusque-là non reconnus, pourquoi serait-elle incapable d'évaluer ses responsabilités au cours d'un interrogatoire sous garde? Pourquoi des critères généraux sont-ils considérés comme satisfaisants lorsqu'il s'agit pour la police d'évaluer ses pouvoirs, mais comme « vagues » au point d'être « difficiles à appliquer » lorsqu'il est question de son devoir de respecter le droit du détenu à l'assistance d'un avocat? La réponse est que la police est parfaitement capable, dans les deux cas, de faire preuve de jugement *en premier lieu*.

[115] Je conviens avec mes collègues la Juge en chef et la juge Charron qu'« [i]l est certain qu'au fil des ans les tribunaux règlent ces problèmes du mieux qu'ils peuvent » (par. 59). C'est vrai — tout comme les tribunaux (et la police) ont résolu (et continuent à le faire) chaque problème visé par la *Charte* « du mieux qu'ils peuvent ». L'équité essentielle de notre

at stake in police interrogations. We should not be dissuaded from giving the s. 10(*b*) right its full expression by the Crown's invocation of a *bright line* for ease of administration.

Application to the Facts of This Case

[116] The relevant facts are set out in the majority opinion. For my purposes, it is important to note that about half way through the interrogation (i.e. after about two and a half hours of questioning), Sgt. Skrine gave an account of how he thought the appellant, while intoxicated, had killed the victim in a blind rage. He said "[t]he evidence here is absolutely overwhelming", but he didn't say what it was. He claimed (falsely) the existence of incriminating DNA at the crime scene. The appellant's responses were non-committal. When Sgt. Skrine told the appellant that he shouldn't take the interview lightly, the appellant said:

Sinclair: I don't take any of this lightly. That's at least I'm not sure, I'm not talking right now and I wanna see my lawyer and stuff but like I don't take anything you're saying lightly. [Emphasis added; Supp. A.R., at p. 58.]

[117] A few minutes later, the police officer again hammered home the message that further resistance would be futile:

Skrine: . . . Maybe you're sitting there with some glimmer of hope. Some glimmer of hope that this is all gonna go away. But it's not. It is not gonna go away. You are done. The evidence here is absolutely overwhelming. Absolutely overwhelming. And you can't change that. The only questions left are why.

Sinclair: I want my lawyer to look through all that.

Skrine: Your lawyer's gonna get all that. [Emphasis added; Supp. A.R., at p. 59.]

système de justice est en jeu dans les interrogatoires de police. L'invocation par le ministère public d'une *ligne de démarcation nette* pour faciliter la tâche à l'administration ne devrait pas nous dissuader de donner au droit garanti par l'al. 10*b*) sa pleine expression.

Application aux faits de la présente affaire

[116] Les faits pertinents sont décrits dans l'opinion de la majorité. Pour les besoins des présents motifs, il est important de noter que vers le milieu de l'interrogatoire (soit après environ deux heures et demie de questions), le sergent Skrine a expliqué pourquoi il croyait que l'appelant, alors sous l'empire de l'alcool, avait tué la victime dans un accès de rage aveugle. Il a dit : [TRADUCTION] « [l]a preuve ici est absolument accablante », mais sans préciser en quoi elle consistait. Il a mentionné (faussement) l'existence de preuve génétique incriminante sur les lieux du crime. Les réponses de l'appelant étaient évasives. Lorsque le sergent Skrine lui a dit qu'il ne devrait pas prendre l'entretien à la légère, l'appelant a répondu :

[TRADUCTION]

Sinclair : Je ne prends rien de tout ça à la légère. Du moins je ne suis pas sûr, je ne veux rien dire maintenant et je veux voir mon avocat, et tout ça, mais non, je ne prends rien de ce que vous dites à la légère. [Je souligne; d.a. compl., p. 58.]

[117] Quelques minutes plus tard, le policier a encore une fois martelé le message qu'il serait futile de continuer à résister :

[TRADUCTION]

Skrine : . . . Peut-être que tu as encore une lueur d'espoir. Un petit espoir que tout ça va se terminer. Mais non, ça ne va pas se terminer. Tu es fait. La preuve est absolument accablante. Absolument accablante. Et ça, tu ne peux rien y faire. Les seules questions qui restent, c'est pourquoi.

Sinclair : Je veux que mon avocat examine tout ça.

Skrine : Ton avocat va avoir tout ça. [Je souligne; d.a. compl., p. 59.]

But of course Sgt. Skrine did not intend the lawyer to "get all that" until after the appellant's confession was in the bag. Then, again, a little further on:

Skrine: . . . There had to be something that caused the snap. Hey? You didn't do this without reason, right? Hmm? Trent? You killed Gary because you enjoy it right? Hmm? Gary? Er Trent?

Sinclair: I wanna talk to my lawyer.

Skrine: Trent you talked to your lawyer already, okay?

Sinclair: For a minute on the phone, that's no, I wanna talk to him when he's . . . when I see him on Monday.

Skrine: Well you'll have an opportunity to talk to him again, but you already talked to him twice, okay Trent. And you know what? And nobody can come in and make this decision for you but you.

Sinclair: When my lawyer comes. . . . [Supp. A.R., at p. 67]

[118] The initial refusal to allow the appellant to consult further with his counsel did not constitute a breach. The breach occurred when after several hours or so of suggestions (subtle and not so subtle) and argument, Sgt. Skrine confronted the appellant with what he said was "absolutely overwhelming" evidence linking the appellant to the crime and the appellant repeated his desire to consult with his counsel before going further. At least in part, the appellant must have wondered if the initial 360 seconds of legal advice was still valid. Given the unfolding of new information up to that point in the interview, his request to speak again to counsel was reasonable, and the police refusal of that further consultation was, in my view, a breach of s. 10(*b*).

[119] The appellant's subsequent admissions to the undercover officer in the jail cell were "part of the same transaction or course of conduct" as the

Mais bien entendu, il n'était pas dans l'intention du sergent Skrine que l'avocat [TRADUCTION] « ait tout ça » avant que les aveux de l'appelant soient dans le sac. Puis, un peu plus tard :

[TRADUCTION]

Skrine : . . . Il y a sûrement eu un élément déclencheur. Hein? Tu n'as pas fait ça sans raison, pas vrai? Hein? Trent? Tu as tué Gary parce que tu aimes ça, pas vrai? Hein? Gary? Euh, Trent?

Sinclair : Je veux parler à mon avocat.

Skrine : Trent, tu as déjà parlé à ton avocat, d'accord?

Sinclair : Pendant une minute au téléphone, c'est pas, je veux lui parler quand il [. . .] quand je le verrai lundi.

Skrine : Eh bien, tu auras l'occasion de lui parler de nouveau, mais tu lui as déjà parlé deux fois. D'accord, Trent? Et tu sais quoi? Et personne d'autre que toi ne peut venir ici et prendre cette décision pour toi.

Sinclair : Quand mon avocat viendra. . . [d.a. compl., p. 67]

[118] Le refus initial de permettre à l'appelant de consulter de nouveau son avocat ne constituait pas une violation de ses droits. Cette violation s'est produite lorsque, après plusieurs heures de suggestions (subtiles et moins subtiles) et d'argument, le sergent Skrine a parlé à l'appelant de la preuve [TRADUCTION] « absolument accablante », selon ses termes, qui reliait l'appelant au crime, et celui-ci a réitéré son désir de consulter son avocat avant de continuer. L'appelant a dû se demander, au moins dans une certaine mesure, si les conseils juridiques reçus lors de la consultation initiale de 360 secondes étaient toujours valables. Étant donné la révélation de nouveaux éléments d'information depuis le début de l'entretien, sa demande de parler de nouveau à son avocat était raisonnable, et le refus de la part de la police de lui accorder cette nouvelle consultation constituait, selon moi, une violation de l'al. 10*b*).

[119] Les aveux ultérieurs de l'appelant devant un agent d'infiltration placé dans sa cellule faisaient « partie de la même opération ou de la même ligne

statement to Sgt. Skrine (*R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235, at para. 21) and were thus tainted, because the appellant's reason for confessing to the undercover officer was explicitly linked to the fact that he had just given himself up in the interrogation room: "They've got me, the body, the sheets, the blood, the fibres on the carpet, witnesses. I'm going away for a long time but I feel relieved" (trial judge, at para. 40). The same is true of the re-enactment. Without the initial statement to Sgt. Skrine, it would not have taken place. This causal connection is sufficient to establish the requisite link.

[120] In sum, the statement to the undercover officer and the evidence produced by the re-enactment cannot be separated from the earlier breach of s. 10(*b*) and were therefore obtained in breach of the *Charter.*

[121] I would have excluded the evidence under s. 24(2) in light of the general presumption of exclusion of unconstitutionally obtained statements: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

[122] In my view, the appeal should be allowed and a new trial ordered.

The reasons of LeBel, Fish and Abella JJ. were delivered by

LeBel and Fish JJ. (dissenting) —

I. Overview

[123] This case concerns the reasonable limits that can be placed on the effective exercise by detainees of their constitutionally entrenched right to counsel, in the face of relentless custodial interrogation. At its core, it again raises the question "whether 'no' means 'yes' where a police interrogator refuses to take 'no' for an answer from a detainee under his total control" (*R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, at para. 55).

de conduite » que la déclaration au sergent Skrine (*R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235, par. 21) et étaient par conséquent viciés, étant donné le lien explicite entre le motif l'ayant amené à se confesser à cet agent d'infiltration et le fait qu'il venait de capituler dans la salle d'interrogatoire : [TRADUCTION] « Ils m'ont eu. Ils ont le corps, les draps, le sang, les fibres du tapis, des témoins. Je vais être en taule pour longtemps, mais je suis soulagé » (juge du procès, par. 40). Cela vaut aussi pour la reconstitution. Sans la déclaration initiale au sergent Skrine, elle n'aurait pas eu lieu. Ce lien de causalité suffit à établir l'existence du lien requis.

[120] En somme, la déclaration à l'agent d'infiltration et la preuve émanant de la reconstitution ne peuvent être dissociées de la violation antérieure de l'al. 10*b*) et ont par conséquent été obtenues en violation de la *Charte*.

[121] J'aurais écarté les éléments de preuve en application du par. 24(2) compte tenu de la présomption générale d'exclusion des déclarations obtenues d'une façon inconstitutionnelle : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

[122] Selon moi, le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès doit être ordonné.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish et Abella rendus par

Les juges LeBel et Fish (dissidents) —

I. Aperçu

[123] Le présent pourvoi porte sur les limites raisonnables qui peuvent être imposées à l'exercice effectif par les détenus de leur droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat, au cours d'interrogatoires menés avec acharnement durant leur détention. Fondamentalement, il soulève une fois de plus la question de « savoir si "non" veut dire "oui" lorsque le policier qui effectue un interrogatoire refuse d'accepter le "non" donné comme réponse par un détenu qui est entièrement sous son contrôle » (*R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, par. 55).

[124] As we shall later explain, the right to counsel is inextricably bound up with, although not subsumed by, the right to silence. One supports the other, particularly in the context of custodial interrogation and, more particularly still, where a detainee who has repeatedly invoked his right to silence is systematically denied access to counsel by a determined police officer who relentlessly pursues the interrogation of the detainee under his total control "in an effort to get [the detainee] to confess, *no matter what*" (*Singh*, at para. 59 (emphasis in original)). At its core, that is what this appeal is about: The focus in *Singh* was on the right to silence; our concern in this case is with the right to counsel. Both rights are constitutionally guaranteed. We know from experience that, in the context of custodial interrogations, *you can't have one without the other.*

[125] We disagree with the disposition proposed by the Chief Justice and Charron J. Moreover, we do not agree with their analysis of the scope and purpose of the s. 10(*b*) right to counsel in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A proper understanding of this right should acknowledge that it is far broader than their reasons indicate, and reflects the role that counsel plays in the life of the law, the protection of the rule of law and, particularly, in the administration of criminal justice. In essence, our colleagues' approach also subjects the exercise of the right to consult counsel to a detainee's successful demonstration, to the satisfaction of the police, that there have been fresh developments amounting to a material or substantial change in jeopardy. We are concerned, too, that their conclusion tends to erode the very basic principles of Canadian criminal law, particularly the protection against self-incrimination and the presumption of innocence.

[126] We therefore hold that Mr. Sinclair's constitutionally protected right to counsel was infringed in this case, because his police interrogators prevented him from obtaining the legal advice to

[124] Comme nous l'expliquerons plus loin, le droit à l'assistance d'un avocat, quoiqu'il soit inextricablement lié au droit de garder le silence, s'exerce de façon autonome par rapport à celui-ci. L'un soutient l'autre, en particulier dans le contexte de l'interrogatoire, et encore plus précisément, lorsque le détenu qui a invoqué à maintes reprises son droit au silence se voit systématiquement refuser l'accès à l'assistance d'un avocat par un policier déterminé qui poursuit avec acharnement l'interrogatoire du détenu — lequel se trouve entièrement sous son contrôle — « dans le but [de l']amener à passer aux aveux, *coûte que coûte* » (*Singh*, par. 59 (souligné dans l'original)). En soi, c'est ce dont il est question en l'espèce : l'arrêt *Singh* est centré sur le droit au silence; le présent pourvoi porte sur le droit à l'assistance d'un avocat. La Constitution garantit les deux droits. Nous savons par expérience que, dans le contexte de l'interrogatoire, *l'un ne va pas sans l'autre*.

[125] Nous ne souscrivons pas au dispositif proposé par la Juge en chef et la juge Charron. Nous ne partageons pas non plus leur analyse de la portée et de l'objet du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En réalité, ce droit a une portée bien plus étendue que ce qu'indiquent leurs motifs, puisqu'il reflète le rôle fondamental joué par l'avocat dans l'application quotidienne du droit, dans la protection de la primauté du droit et, en particulier, dans l'administration de la justice criminelle. Essentiellement, l'approche adoptée par nos collègues impose par ailleurs au détenu désireux d'exercer son droit de consulter un avocat l'obligation de prouver à la police l'existence de faits nouveaux entraînant un changement important ou substantiel dans le risque que comporte pour lui la situation dans laquelle il se trouve placé. Nous craignons aussi que leur conclusion sape les principes les plus fondamentaux du droit criminel canadien, surtout la protection contre l'auto-incrimination et la présomption d'innocence.

[126] Nous concluons donc que le droit constitutionnel de M. Sinclair à l'assistance d'un avocat a été violé en l'espèce du fait que les policiers l'ont empêché d'obtenir les conseils juridiques auxquels

which he was entitled. In our view, the detainee's access to legal advice would have mitigated the impact of the interrogating officer's relentless and skilful efforts to obtain a confession.

[127] Furthermore, we find that this breach of the appellant's right to counsel was particularly serious. It cannot be characterized as minor or technical. On the contrary, it went to the core of the self-incrimination interest, which s. 10(*b*) is meant to protect. The breach also impacted on other interests that s. 10(*b*) is likewise meant to reflect and safeguard, notably the vital role of counsel under our legal system, particularly in the criminal law context.

[128] These conclusions are entirely consistent with the fundamental principles governing the administration of justice in Canada. Under our system of criminal justice, the state bears the sole burden of proving the guilt of the accused. This basic precept finds expression in the presumption of innocence and the right to silence. Both rights are constitutionally protected. It follows inexorably that a detainee under police control (or any accused person, for that matter) is under no obligation to cooperate with a police investigation or to participate in an interrogation. To suggest that detainees must in any such way assist the state in securing their conviction and punishment, or otherwise expose themselves to an enhanced risk of self-incrimination, is to turn our system of criminal justice on its head. It effectively recognizes a new police power of virtually unfettered access, for the purposes of endless interrogation, to custodial detainees who have *chosen* to remain silent.

[129] We do not take issue with the right of the police to continue their investigation where an accused wishes to consult with counsel, before submitting to further custodial interrogation. But that is not the question that concerns us here. The police can continue their investigation as they see fit, but

il avait droit au cours de l'interrogatoire. Selon nous, l'accès du détenu à l'assistance de son avocat aurait atténué les conséquences des efforts acharnés et habiles que déployait le policier afin d'obtenir des aveux de sa part.

[127] De plus, à notre avis, cette violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat présente un caractère particulièrement grave. Elle ne saurait être qualifiée de mineure ou de technique. Au contraire, elle touche l'essentiel du droit de ne pas s'incriminer que l'al. 10*b*) vise à protéger. La violation a également affecté d'autres intérêts que l'al. 10*b*) vise aussi à reconnaître et à garantir, en particulier le rôle vital de l'avocat dans notre système juridique, surtout dans le contexte du droit criminel.

[128] Ces conclusions s'accordent parfaitement avec les principes fondamentaux qui régissent l'administration de la justice au Canada. Dans notre système de justice criminelle, la preuve de la culpabilité de l'accusé incombe exclusivement à l'État. Ce principe de base s'exprime dans la présomption d'innocence et dans le droit au silence, que la Constitution protège tous deux. Ces principes entraînent comme conséquence nécessaire qu'un détenu sous le contrôle de la police (comme d'ailleurs tout accusé) n'est pas tenu de coopérer à une enquête policière ou de participer à un interrogatoire. Laisser entendre que les détenus sont ainsi obligés d'aider l'État à prouver leur propre culpabilité et, de ce fait, de faciliter l'obtention d'une condamnation à leurs dépens, revient à les exposer à un risque accru d'auto-incrimination. Une telle situation dénature notre système de justice criminelle. On reconnaît alors à la police un nouveau pouvoir en lui assurant un accès pratiquement sans entraves à des détenus placés sous garde, même s'ils ont *choisi* de garder le silence, pour les soumettre à des interrogatoires interminables.

[129] Nous ne contestons pas le droit de la police de continuer son enquête après que l'accusé ait exprimé son désir de consulter un avocat au cours d'un interrogatoire. Mais la question sur laquelle nous devons statuer en l'espèce n'est pas celle-ci. Bien que la police puisse poursuivre son enquête

not in violation of, or with disregard for, the constitutional rights of detainees.

[130] Clearly, everyone who is *not* detained is entitled to consult with counsel before responding to police questioning. On what principle should detainees, whose right to counsel is constitutionally guaranteed because they are under total police control and therefore more vulnerable to pressure and manipulation, be deprived of that very same protection? Surely, the detainee cannot be said to subvert the investigative process by exercising either their right to consult with counsel, their right to silence, or both.

II. The Facts, Briefly

[131] We largely agree with the summary of the facts in this appeal provided by the Chief Justice and Charron J. We think it helpful, however, to examine more closely the chronology of the detainee's repeated requests for counsel and invocations of his right to silence. A close reading of the interaction between detainee and police interrogator demonstrates the need for ongoing assistance of counsel, in the context of the relentless custodial interrogation that occurred in this case.

[132] Mr. Sinclair was arrested in the early morning of December 14, 2002. Immediately upon arrest, he was informed of his right to consult counsel. When asked if he wished to call a lawyer, Mr. Sinclair responded: "Not right this second" (A.R., at p. 524). He was then taken by the police to the local RCMP detachment.

[133] When he arrived, he was given an opportunity to call counsel. At 6:53 a.m., he contacted Mr. Janicki, a lawyer who had represented him previously. Mr. Sinclair spoke to his lawyer for three minutes. He told the police that his lawyer was going to call him back.

comme bon lui semble, il ne lui est pas loisible de le faire en violation des droits constitutionnels du détenu.

[130] Il ne fait aucun doute que la personne qui *n*'est *pas* détenue a le droit de consulter un avocat avant de répondre aux questions de la police. Au nom de quel principe serait-elle privée de ce même droit constitutionnel alors qu'étant détenue, elle se trouve sous le contrôle complet de la police et, par conséquent, devient vulnérable aux pressions et manipulations des enquêteurs? On ne peut sûrement pas prétendre que la personne détenue compromet le processus d'enquête en exerçant son droit de consulter un avocat, celui de garder le silence, ou l'un et l'autre.

II. Bref rappel des faits

[131] Nous souscrivons dans une large mesure au résumé des faits établi par la Juge en chef et la juge Charron dans le présent pourvoi. Il nous paraît toutefois utile d'examiner de plus près la chronologie des demandes répétées du détenu de consulter un avocat et de ses revendications de son droit de garder le silence. Un examen minutieux des échanges entre le détenu et l'enquêteur permet de constater la nécessité de reconnaître le droit à l'assistance continue d'un avocat dans le contexte de l'interrogatoire mené avec acharnement auquel le détenu a été soumis en l'espèce.

[132] M. Sinclair a été arrêté à l'aube, le 14 décembre 2002. Immédiatement après son arrestation, la police l'a informé de son droit de consulter un avocat. Lorsqu'on lui a demandé s'il souhaitait appeler un avocat, il a répondu : [TRADUCTION] « Pas pour l'instant » (d.a., p. 524). La police l'a ensuite conduit au détachement local de la GRC.

[133] À son arrivée, on lui a donné la possibilité d'appeler un avocat. À 6 h 53, il a communiqué avec M^e^ Janicki, qui l'avait déjà représenté dans le passé. M. Sinclair a parlé à son avocat pendant trois minutes. Puis, il a dit à la police que son avocat allait le rappeler.

[134] Mr. Sinclair was placed in a cell until 9:40 a.m., when Mr. Janicki asked to speak with him. They spoke for another three minutes.

[135] At 4:38 p.m., Mr. Sinclair was taken from his cell to the interrogation room. He was met by Sgt. Kerry Skrine, an RCMP detective with the Major Crimes Unit, who described himself as an experienced interrogator and a member of the "designated interview team" (A.R., at p. 247).

[136] After being informed of his right to silence, Mr. Sinclair said: "I don't have anything to say right now" (Supp. A.R., at p. 3). He told Sgt. Skrine that he was "not saying anything or talking about anything that's until my lawyer's around and he tells me what's going on and stuff" (A.R., at p. 542). With regard to Mr. Sinclair's request to have his lawyer present during the interrogation, Sgt. Skrine stated that "the law in this country anyway is that . . . you do not have a right to have a lawyer present with you, okay, while you're being interviewed by the police" (A.R., at p. 542).

[137] Despite Mr. Sinclair's categorically expressed and reiterated decision not to speak to the police interrogator, Sgt. Skrine continued to interrogate him.

[138] Mr. Sinclair objected to the continued questioning:

What are these questions, like, I'm just not feeling comfortable not having a lawyer around. Like you say I don't have a right to have a lawyer in the room while I'm being questioned and I don't think that make doesn't even make sense in my head.

. . .

I feel I should have my lawyer present while any type of questioning goes on like . . .

. . .

[134] M. Sinclair a été placé dans une cellule jusqu'à 9 h 40, heure à laquelle M^e^ Janicki l'a rappelé pour lui parler. Encore une fois, la conversation a duré trois minutes.

[135] À 16 h 38, on a fait sortir M. Sinclair de sa cellule pour le conduire dans la salle d'interrogatoire. Le sergent Kerry Skrine, un enquêteur appartenant au Groupe des crimes graves de la GRC, l'a alors accueilli. Au procès, le sergent Skrine a affirmé être un enquêteur expérimenté dans les interrogatoires et un membre de l'[TRADUCTION] « équipe d'interrogatoire désignée » (d.a., p. 247).

[136] Après avoir été informé de son droit de garder le silence, M. Sinclair a répondu : [TRADUCTION] « Je n'ai rien à dire pour l'instant » (d.a. compl., p. 3). Il a expliqué au sergent Skrine qu'il [TRADUCTION] « refus[ait] de dire quoi que ce soit ou de parler de quoi que ce soit jusqu'à ce que [s]on avocat soit là et [lui] dise ce qui se passe et tout » (d.a., p. 542). À propos de la demande de M. Sinclair que son avocat assiste à l'interrogatoire, le sergent Skrine a répondu que, [TRADUCTION] « selon le droit en vigueur dans notre pays, on n'a pas droit à la présence d'un avocat pendant un interrogatoire » (d.a., p. 542).

[137] Bien que M. Sinclair eût exprimé de façon catégorique et à plusieurs reprises sa décision de ne pas lui parler, le sergent Skrine a néanmoins continué de l'interroger.

[138] M. Sinclair a protesté contre la poursuite de l'interrogatoire :

[TRADUCTION] Avec ces questions, eh bien, je ne me sens tout simplement pas à l'aise de ne pas avoir d'avocat ici. Par exemple, vous dites que je n'ai pas le droit d'avoir un avocat dans la pièce pendant qu'on m'interroge, et je ne pense pas que . . . ça ne me semble même pas logique.

. . .

Je crois que mon avocat devrait être présent quand on continue comme ça à me poser des questions, quelles qu'elles soient . . .

. . .

Like if you were reverse the scenario, and it was you in this chair . . .

. . .

I think you'd wanna have a lawyer present. You guys are looking at putting me away for the rest of my life. [A.R., at p. 546]

[139] Sgt. Skrine persisted with the interview, slowly moving from uncontroversial topics, such as Mr. Sinclair's relationship with his siblings and tobacco preferences, to his complicity in the killing of Mr. Grice.

[140] During the course of his five-hour interrogation, each accusatory statement or claim that the evidence against him was overwhelming was met with a consistent response from Mr. Sinclair: a request to speak to his lawyer or to have his lawyer present during questioning. These requests were firmly and systematically rebuffed.

[141] Sgt. Skrine stated that the police had spoken with witnesses who had directly implicated Mr. Sinclair in the murder, and then pressed Mr. Sinclair to confess. Mr. Sinclair responded as follows:

Skrine: You didn't do this without reason, right? Hmm? Trent? You killed Gary because you enjoy it right? Hmm? . . . Trent?

Sinclair: I wanna talk to my lawyer.

Skrine: Trent you talked to your lawyer already, okay?

Sinclair: For a minute on the phone, that's no, I wanna talk to him when he's when I see him on Monday.

Skrine: Well you'll have an opportunity to talk to him again, but you already talked to him twice, okay Trent. And you know what? And nobody can come in and make this decision for you but you.

Par exemple, dans la situation inverse, si c'était vous qui étiez assis sur cette chaise . . .

. . .

Je pense que vous voudriez qu'un avocat soit présent. On parle ici de quelque chose qui pourrait me mettre en dedans pour le reste de mes jours. [d.a., p. 546]

[139] Le sergent Skrine a poursuivi l'interrogatoire, passant graduellement de sujets ne prêtant pas à controverse, comme les rapports entre M. Sinclair et sa fratrie et ses préférences en matière de tabac, à sa complicité dans le meurtre de M. Grice.

[140] Pendant son interrogatoire, qui a duré cinq heures, M. Sinclair a répondu de la même façon chaque fois que des propos accusatoires ont été tenus à son endroit ou qu'on a insisté sur le caractère accablant de la preuve disponible contre lui : il a demandé à parler à son avocat ou à obtenir la présence de ce dernier pendant l'interrogatoire. On a rejeté fermement et systématiquement toutes ses demandes.

[141] Le sergent Skrine a affirmé que la police avait parlé à des témoins dont les propos établissaient que M. Sinclair était impliqué dans le meurtre. Il a alors pressé M. Sinclair de passer aux aveux. Voici les réponses de M. Sinclair :

[TRADUCTION]

Skrine : Tu n'as pas fait ça sans raison, pas vrai? Hein? Trent? Tu as tué Gary parce que tu aimes ça, pas vrai? Hein? [. . .] Trent?

Sinclair : Je veux parler à mon avocat.

Skrine : Trent tu as déjà parlé à ton avocat, d'accord?

Sinclair : Pendant une minute au téléphone, c'est pas, je veux lui parler quand il [. . .] quand je le verrai lundi.

Skrine : Eh bien, tu auras l'occasion de lui parler de nouveau, mais tu lui as déjà parlé deux fois, d'accord, Trent. Et tu sais quoi? Et personne d'autre que toi ne peut venir ici et prendre cette décision pour toi.

Sinclair: When my lawyer comes . . . [A.R., at p. 607]

[142] Shortly afterwards, Sgt. Skrine left the interview room. When he returned, he continued to press Mr. Sinclair to confess to the killing. Sgt. Skrine told Mr. Sinclair that the police had found bedding from the hotel (they had) and had identified Mr. Sinclair's DNA on the bedding (they had not) (Supp. A.R., at p. 85).

[143] Immediately after Sgt. Skrine revealed these two pieces of evidence, Mr. Sinclair declared, "You got me I know it . . ." (Supp. A.R., at p. 85). He proceeded to confess in detail to the murder of Gary Grice.

[144] When Mr. Sinclair returned to his cell, five hours after his first request to again consult with counsel, he spoke to his cellmate about the interrogation. Unbeknownst to Mr. Sinclair, he was speaking to an undercover officer, Cst. Sergio L. B. Dasilva. Mr. Sinclair told him, "They've got me, the body, the sheets, the blood, the fibres on the carpet, witnesses. I'm going away for a long time but I feel relieved" (Frankel J.A., 2008 BCCA 127, 252 B.C.A.C. 288, at para. 23).

III. Analysis

A. *The Text of Section 10(b)*

[145] Relying on *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (Ont. C.A.), the Chief Justice and Charron J. maintain that the phrase "upon arrest or detention" indicates a single point in time, not a continuum (para. 44). This interpretation also formed the basis of the judgment below (Frankel J.A., at para. 48). With respect, we disagree with this narrow reading of s. 10(*b*).

[146] We will first examine the English provision and then turn to its French counterpart. Section 10(*b*) of the *Charter* provides: "Everyone has the right on arrest or detention . . . to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right." The French version reads: "*Chacun*

Sinclair : Quand mon avocat viendra . . . [d.a., p. 607]

[142] Peu après, le sergent Skrine a quitté la salle d'entretien. À son retour, il a continué à presser M. Sinclair d'avouer le meurtre. Il a dit à M. Sinclair que la police avait trouvé la literie provenant de l'hôtel (ce qui était vrai) et y avait identifié l'ADN de M. Sinclair (ce qui était faux) (d.a. compl., p. 85).

[143] Immédiatement après que le sergent Skrine lui eut fait part de ces deux éléments de preuve, M. Sinclair a reconnu : [TRADUCTION] « Je suis fait, je le sais . . . » (d.a. compl., p. 85). Il a alors avoué dans le détail le meurtre de Gary Grice.

[144] Après son retour en cellule, cinq heures depuis sa première demande de consulter de nouveau un avocat, M. Sinclair a parlé de l'interrogatoire avec son compagnon de cellule. Sans le savoir, il parlait en fait à un agent d'infiltration, l'agent de police Sergio L. B. Dasilva. M. Sinclair lui a dit : [TRADUCTION] « Ils m'ont eu. Ils ont le corps, les draps, le sang, les fibres du tapis, des témoins. Je vais être en taule pour longtemps, mais je suis soulagé » (le juge Frankel, 2008 BCCA 127, 252 B.C.A.C. 288, par. 23).

III. Analyse

A. *Le texte de l'al. 10b)*

[145] Se fondant sur *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (C.A. Ont.), la Juge en chef et la juge Charron affirment que l'expression « en cas d'arrestation ou de détention » se réfère à un moment en particulier et ne correspond pas à un continuum (par. 44). Cette interprétation constituait aussi le fondement du jugement de la Cour d'appel (le juge Frankel, par. 48). Avec égards, nous ne pouvons souscrire à cette interprétation étroite de l'al. 10*b*).

[146] Nous examinerons tout d'abord le texte anglais de la disposition, puis le texte français correspondant. Le texte anglais de l'al. 10*b*) de la *Charte* est rédigé ainsi : « *Everyone has the right on arrest or detention [. . .] to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right.* »

a le droit, en cas d'arrestation ou de détention . . . d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit."

[147] In our view, the plain meaning of s. 10(*b*) favours an ongoing right to the assistance of counsel. The words "retain" and "instruct" signify a continuing relationship between client and counsel. On this basis alone, it is difficult to see how the s. 10(*b*) right could be "spent" upon its initial exercise.

[148] Nor does the phrase "on arrest or detention" limit s. 10(*b*) to a one-time consultation. Section 10(*b*) is of course triggered "on arrest or detention", which ensures that the detainee is afforded an opportunity to consult counsel as soon as possible, and certainly before any interrogation. Indeed, as Lamer J. (later C.J.) put it in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at p. 1243: "For the right to counsel to be effective, the detainee must have access to this advice before he is questioned or otherwise required to provide evidence."

[149] However, it hardly follows that the s. 10(*b*) right, though triggered by a detention, is spent upon this initial consultation. If it were, defence counsel across the country would soon find themselves without a thing to do. In this sense, the Chief Justice and Charron J.'s view that s. 10(*b*) is spent upon the initial exercise of course conflicts with the right to counsel at trial (see, e.g., *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.)) and, in some circumstances, on appeal (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 684(1)). Section 10(*b*) does not create for the detainee a black hole between the time of arrest or detention, and the detainee's first appearance before a judge.

[150] This interpretation is bolstered by a reading of the French text. As Lamer J. (as he then was) explained in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265,

La version française est ainsi libellée : « Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention [. . .] d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. »

[147] À notre avis, le sens manifeste de l'al. 10*b*) favorise la reconnaissance d'un droit continu à l'assistance d'un avocat. Les verbes « *retain* » et « *instruct* » désignent une relation continue entre le client et son avocat. Sur ce seul fondement, on voit mal comment le droit garanti par l'al. 10*b*) pourrait être « épuisé » après son exercice initial.

[148] L'expression « *on arrest or detention* » ne limite pas non plus à une consultation unique la portée du droit garanti par l'al. 10*b*). Cette disposition entre bien sûr en jeu « *on arrest or detention* », ce qui garantit au détenu la possibilité de consulter un avocat le plus tôt possible — et certainement avant tout interrogatoire. Du reste, comme l'a souligné le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, p. 1243 : « Pour que le droit à l'assistance d'un avocat soit efficace, le détenu doit pouvoir obtenir ces conseils avant d'être interrogé ou requis autrement de fournir des éléments de preuve. »

[149] Ce libellé ne signifie pas pour autant que, même si la détention provoque sa mise en application, le droit garanti par l'al. 10*b*) est épuisé après cette consultation initiale. Si tel était le cas, les avocats de la défense partout au pays seraient bien vite réduits au chômage. En ce sens, la thèse de la Juge en chef et de la juge Charron — pour qui le droit en question serait épuisé après son premier exercice — entre en conflit avec le droit à l'assistance d'un avocat pendant le procès (voir, p. ex., *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.)) et, dans certaines circonstances, à l'étape de l'appel (*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 684(1)). L'alinéa 10*b*) ne place pas le détenu dans un trou noir entre le moment de l'arrestation ou de la détention et celui de sa première comparution devant un juge.

[150] La lecture du texte français de la disposition renforce cette interprétation. Comme le juge Lamer (plus tard Juge en chef) l'a expliqué dans

at p. 287, when faced with diverging French and English versions of a *Charter* provision, the Court should employ a purposive approach and adopt the interpretation "which better protects that right".

[151] The French version of s. 10(*b*) bolsters our interpretation, despite differing from the English version in two minor, yet significant ways. First, instead of the right to "retain and instruct counsel", the French provision guarantees detainees the right to "*l'assistance d'un avocat*". Second, the French version states that the right is triggered "*en cas d'arrestation*", and not "*on* arrest".

[152] As Mr. Sinclair submits, the term "*l'assistance*" connotes a broader role for legal counsel than simply providing the advice to *keep quiet*. Accordingly, the "*assistance*" of counsel cannot be confined to a single consultation followed by a lengthy interrogation during which the detainee is held virtually incommunicado. If this were the case, then we also agree with the Ontario Criminal Lawyers' Association that this could be accomplished by a recorded message on an answering service. And if the Chief Justice and Charron J. agree that the right to counsel cannot be reduced to a simple phone message, then it is difficult to understand how they can endorse an interpretation of the right to "retain and instruct counsel" that would simply replace the recorded message with a one-minute telephone call to the same effect.

[153] "*[E]n cas de*" can be translated into English as "in the event of" (*Collins-Robert French-English, English-French Dictionary* (2nd ed. 1987), at p. 102, "*cas*"). Therefore, unlike with "on arrest", there is no possible connotation of a singular occurrence or a "point in time". Instead "*en cas d'arrestation ou de détention*" implies a triggering event — arrest or detention — which then results in a constitutionally entrenched and prospective right to the assistance of counsel.

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 287, en cas de divergence entre les versions française et anglaise d'une disposition de la *Charte*, le tribunal doit adopter une approche téléologique et retenir l'interprétation « la mieux à même de protéger ce droit ».

[151] Le texte français de l'al. 10*b*) conforte notre interprétation, bien qu'il diffère de la version anglaise sur deux aspects mineurs mais tout de même significatifs. D'abord, il garantit, non pas le droit « *to retain and instruct counsel* », mais le droit à « l'assistance d'un avocat ». Ensuite, il précise que le droit entre en jeu « en cas d'arrestation », et non pas « *on arrest* ».

[152] Comme le plaide M. Sinclair, l'emploi du mot « assistance » suggère que l'avocat remplit un rôle plus important que celui de simplement conseiller de *garder le silence*. L'« assistance » d'un avocat ne saurait ainsi être restreinte à une seule consultation suivie d'un long interrogatoire durant lequel le détenu se trouve virtuellement coupé de tout lien avec l'extérieur. Si tel était le cas, nous sommes d'accord avec l'Ontario Criminal Lawyers' Association que l'on n'aurait ainsi qu'à se contenter d'un message enregistré dans une boîte vocale. Et si la Juge en chef et la juge Charron reconnaissent que l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat ne saurait se réduire à l'accès à un simple message téléphonique, il devient alors difficile de comprendre pourquoi elles persistent à cautionner une interprétation du droit à « l'assistance d'un avocat » qui remplace simplement ce message enregistré par une conversation téléphonique d'une minute au contenu similaire.

[153] L'expression « en cas de » peut se traduire en anglais par « *in the event of* » (*Robert-Collins : Dictionnaire français-anglais, anglais-français* (nouvelle éd. 1987), p. 102, sous l'entrée « cas »). Contrairement à « *on arrest* », elle ne peut donc correspondre à la notion d'un événement isolé ou de « moment en particulier ». L'expression « en cas d'arrestation ou de détention » suggère plutôt qu'un fait déclencheur — l'arrestation ou la détention — donne ouverture à l'exercice du droit constitutionnel prospectif à l'assistance d'un avocat.

[154] Accordingly, the plain meaning of s. 10(*b*), in both French and English, supports a broad application of the right to counsel, which includes an ongoing right to consult with counsel.

B. *The Purpose and Scope of the Section 10(b) Right to Counsel*

[155] Our textual interpretation of the s. 10(*b*) right is supported by both the purpose and the scope of s. 10(*b*). Canadian criminal law is premised on several animating, normative principles, including the presumption of innocence, the protection against self-incrimination, and the right to silence. These principles have all attained constitutional status, reflected in ss. 11(*c*), 11(*d*) and 13 of the *Charter*, as well as in the residual protection found in s. 7.

[156] The presumption of innocence, described as the "one golden thread" that runs "[t]hroughout the web of the English Criminal Law" (*Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), at p. 481, *per* Lord Sankey), was recognized by this Court as the "single most important organizing principle in criminal law" (*R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 577). Now constitutionally entrenched in s. 11(*d*) of the *Charter*, the presumption of innocence ensures that the state must meet its heavy burden before an accused person will be subjected to the consequences of a criminal conviction:

> In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused's guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise.

(*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 120, *per* Dickson C.J.)

[157] The presumption of innocence is closely related to the protection against self-incrimination.

[154] Par conséquent, le sens manifeste de l'al. 10*b*), en anglais comme en français, commande une interprétation suffisamment large du droit à l'assistance d'un avocat pour englober le droit continu de consulter un avocat.

B. *L'objet et la portée du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b)*

[155] Notre interprétation textuelle du droit garanti par l'al. 10*b*) est confortée à la fois par l'objet et par la portée de la disposition en question. Le droit criminel canadien est fondé sur plusieurs principes normatifs fondamentaux, dont la présomption d'innocence, la protection contre l'auto-incrimination et le droit de garder le silence. Ces principes ont tous été érigés au rang de principes constitutionnels énoncés aux al. 11*c*) et 11*d*) et à l'art. 13 de la *Charte* ou inclus dans la protection résiduelle offerte par l'art. 7.

[156] La présomption d'innocence, considérée comme un [TRADUCTION] « fil d'or » qui se retrouve « dans toute la toile du droit criminel anglais » (*Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), p. 481, lord Sankey), a été reconnue par notre Cour comme le « principe directeur qui est [. . .] le plus important en droit criminel » (*R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, p. 577). Maintenant constitutionnalisée par l'al. 11*d*) de la *Charte*, la présomption d'innocence signifie que l'État doit s'acquitter d'un lourd fardeau avant qu'un accusé ne subisse les conséquences d'une déclaration de culpabilité criminelle :

> Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d'innocence revêt une importance capitale. Elle garantit qu'un accusé est innocent tant que l'État n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l'équité et la justice sociale. La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois.

(*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 120, le juge en chef Dickson)

[157] La présomption d'innocence se rattache étroitement à la protection contre l'auto-

If the presumption of innocence places a burden on the state alone to prove the accused's guilt beyond a reasonable doubt, then it follows that the accused cannot be made to offer evidence or information that would assist the state in that endeavour. Thus, the right against self-incrimination simply confirms that there is no obligation on the part of a suspect to assist, in any way whatsoever, in the investigation against them:

> The core idea of the principle is that when the state uses its power to prosecute an individual for a criminal offence, the individual ought not to be required to assist the state in the investigation or trial of the offence.

(Hamish Stewart, "The Confessions Rule and the *Charter*" (2009), 54 *McGill L.J.* 517, at pp. 520-21)

[158] The right to silence is the last piece in this system of pre-trial procedural protections. In *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, Lamer J. provided this quintessential articulation:

> In Canada the right of a suspect not to say anything to the police . . . is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise. [p. 683]

See also *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519, at para. 41, *per* Abella J.

[159] The right to silence, the right against self-incrimination, and the presumption of innocence are interrelated principles and the core values that animate the administration of criminal justice in Canada. They work together to ensure that suspects are never obligated to participate in building the case against them. As this Court has noted time and again, the ability of an accused to exercise these

incrimination. Puisque la présomption d'innocence impose à l'État seul le fardeau de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, l'accusé n'assume aucune obligation de communiquer des éléments de preuve ou des renseignements de nature à assister le ministère public dans l'exercice de cette tâche. Ainsi, le droit à la protection contre l'auto-incrimination confirme simplement qu'un suspect n'est nullement tenu de prêter son concours, d'une quelconque manière, à l'enquête dont il est l'objet :

> [TRADUCTION] L'idée fondamentale à la base de ce principe est celle-ci : lorsque l'État use de son pouvoir pour poursuivre un individu pour une infraction criminelle, celui-ci ne devrait pas être obligé de l'aider dans le cadre de l'enquête ou du procès relatifs à l'infraction.

(Hamish Stewart, « The Confessions Rule and the *Charter* » (2009), 54 *R.D. McGill* 517, p. 520-521)

[158] Le droit de garder le silence constitue le dernier élément de ce système de protections procédurales préalables au procès. Dans *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, le juge Lamer en a décrit l'essence même :

> Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police [. . .] n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect, sauf dans certaines circonstances, doit dire quelque chose à la police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement. [p. 683]

Voir aussi *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519, par. 41, la juge Abella.

[159] Le droit de garder le silence, le droit à la protection contre l'auto-incrimination et la présomption d'innocence constituent des principes interreliés et forment les valeurs fondamentales sur lesquelles repose l'administration de la justice criminelle au Canada. Ensemble, ils garantissent que les suspects n'assument aucune obligation de participer à l'établissement de la preuve contre eux. Enfin, comme

fundamental rights is dependent upon the assistance of counsel.

[160] The Chief Justice and Charron J. assert that the s. 10(*b*) right has the narrow purpose of ensuring that detainees are able to effectively assert their right to silence and, by extension, secure their right against self-incrimination. We agree that the overarching purpose of the right to counsel lies in the protection against compelled self-incrimination, and extends to the custodial context in order to make the detainee's choice whether to speak to the police a meaningful one. This, in turn, preserves "fairness" in the investigative process, or at least fosters that objective: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

[161] However, in our view, the role of counsel in the administration of criminal justice, and under s. 10(*b*), is much broader. Our view is shaped by what we see as a proper appreciation of the role of counsel within the justice system generally. Lawyers are bound by their oath of office, by the rules that govern their profession and by their status as officers of the court. They must ensure that the interests of their clients, however zealously advocated, remain subject to society's interest in ensuring the orderly and ethical resolution of legal disputes: see *Fortin v. Chrétien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500.

[162] This Court has long emphasized the essential role that lawyers "are expected to play in the administration of justice and the upholding of the rule of law in Canadian society" (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 64, *per* LeBel J., dissenting, but not on this point. See also *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 187; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, at para. 22.)

[163] This role is no different in the criminal context, and applies to the defence of the criminal

notre Cour l'a rappelé à maintes reprises, la capacité effective d'un accusé d'exercer ces droits fondamentaux dépend de l'assistance d'un avocat.

[160] La Juge en chef et la juge Charron affirment que le droit énoncé à l'al. 10*b*) vise seulement à garantir que les détenus puissent faire valoir de manière effective leur droit au silence et, par extension, celui de faire respecter leur droit à la protection contre l'auto-incrimination. Nous convenons que l'objet fondamental du droit à l'assistance d'un avocat réside dans la protection contre l'auto-incrimination forcée et s'étend au contexte de la détention, pour que le choix du détenu de parler ou non à la police conserve son caractère véritablement libre. Cette interprétation, à son tour, préserve l'« équité » du processus d'enquête, ou à tout le moins favorise la réalisation de cet objectif : *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

[161] Mais, selon nous, le rôle de l'avocat dans l'administration de la justice criminelle, et dans le cadre de l'al. 10*b*), dépasse largement les limites de cette fonction. Notre opinion s'appuie sur ce que nous considérons comme une juste appréciation du rôle de l'avocat au sein du système de justice en général. Lié par son serment professionnel, par les règles régissant l'exercice de sa profession et par sa qualité d'officier de justice, l'avocat doit veiller, même lorsqu'il les défend avec le zèle le plus intense, à ce que les intérêts de son client demeurent subordonnés à l'intérêt de la société et au règlement ordonné des différends juridiques : voir *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500.

[162] Notre Cour insiste depuis longtemps sur le rôle essentiel que les avocats « sont censés jouer dans l'administration de la justice et le maintien de la règle de droit dans la société canadienne » (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 64, le juge LeBel, dissident, mais non sur ce point. Voir aussi *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 187; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 22.)

[163] Ce rôle ne diffère pas dans le contexte du droit criminel. Il demeure identique tant pour la

accused no less than to landlords, tenants, separating or divorcing partners, employers and employees and all others whose opposing rights or interests are subjected to litigation or legal scrutiny. However, the obligations of the lawyer extend beyond his or her client, and mandate a role that is "vital to the maintenance of order in our society and the due administration of the law in the interest of the whole community" (*Andrews*, at p. 188). Rather than having a detrimental effect on the administration of criminal justice, the role played by lawyers actually furthers and ensures the proper administration of justice.

[164] As Gonthier J. affirmed in *Fortin*, the lawyer's role as officer of the court extends to the pre-litigation stage: "As an officer of the court, the advocate plays an essential role in our justice system, in representing the rights of litigants before the courts, but also at the preceding stage of settling disputes" (para. 54). In the criminal context, the advice of counsel is even more important at the pre-charge stage.

[165] When a person is detained but not yet charged, the events that follow will determine whether that person can properly be charged and prosecuted. If that person is in fact charged, what occurred at the pre-charge stage will likely influence the nature of the proceedings that follow. The detainee, under total police control and isolated from family and friends, is particularly vulnerable.

[166] Upon arrest, the suspect will be subject to skilled and persistent interrogation, as occurred in this case. Confronted by bits and pieces of incriminating "evidence", conjectural or real, the detainee may be wrongly persuaded that maintaining his or her right of silence is a futile endeavour: that the advice to remain silent originally provided by counsel is now unsound. Through ignorance of the consequences, the detainee may feel bound to make an incriminatory statement to which the police are

défense de la personne accusée d'un crime que pour la représentation des propriétaires et des locataires, des conjoints qui se séparent ou divorcent, des employeurs et des employés, ainsi que pour toutes les personnes dont les droits ou intérêts opposés sont visés par un procès ou un examen juridique. Cependant, les obligations de l'avocat dépassent le cadre de celles qu'il assume envers son client et lui confèrent un rôle « essentie[l] au maintien de l'ordre dans notre société et à l'application régulière de la loi dans l'intérêt de toute la collectivité » (*Andrews*, p. 188). Loin d'avoir un effet néfaste sur l'administration de la justice criminelle, le rôle joué par les avocats favorise et même garantit une saine administration de la justice.

[164] Comme l'a rappelé le juge Gonthier dans *Fortin*, le rôle de l'avocat en sa qualité d'officier de justice s'étend à l'étape qui précède le procès : « en tant qu'officier de justice, [il] joue un rôle essentiel dans notre système de justice, au niveau de la représentation des droits des justiciables devant les tribunaux, mais également à l'étape préalable de règlement à l'amiable des litiges » (par. 54). Dans le contexte criminel, les conseils de l'avocat s'avèrent même plus importants avant le dépôt d'accusations.

[165] Lorsqu'une personne est détenue sans que des accusations aient encore été portées contre elle, le cours des événements après son arrestation déterminera s'il est possible de l'inculper et de la poursuivre. Lorsqu'une mise en accusation se produira, les événements survenus avant l'inculpation influeront vraisemblablement sur la nature des procédures qui suivront. Le détenu, entièrement sous le contrôle de la police et isolé de sa famille et de ses amis, se trouve alors particulièrement vulnérable.

[166] Après son arrestation, le suspect subira un interrogatoire habile et persistant, comme c'est arrivé en l'espèce. Confronté à des fragments d'éléments de « preuve » incriminants, fictifs ou réels, le détenu risque de se persuader à tort de la futilité de l'exercice de son droit au silence et que le conseil de garder le silence donné au départ par l'avocat n'est maintenant plus pertinent. Il est possible que, dans l'ignorance des conséquences, il se sente obligé de faire une déclaration incriminante que la police n'est

not by law entitled. In what may seem counterintuitive to the detainee without legal training, it is often better to remain silent in the face of the "evidence" proffered, leaving it to the court to determine its cogency and admissibility, and forego the inevitable temptation to end the interrogation by providing the inculpatory statement sought by the interrogators.

[167] Access to counsel is therefore of critical importance at this stage to ensure, insofar as possible, that the detainee's constitutional rights are respected and provide the sense of security that legal representation is intended to afford. However, it is also in society's interest that constitutional rights be respected at the pre-trial stage, as doing so ensures the integrity of the criminal process from start to finish. In these circumstances, counsel's advice is not simply a matter of reiterating the detainee's right to silence, but also to explain *why* and *how* that right should be, and can be, effectively exercised. In other words, the lawyer not only tells the detainee not to speak but, perhaps more importantly, *why* he ought not to.

[168] The assistance of counsel is a right granted not only to detainees under s. 10(*b*) of the *Charter*, but a right granted to every accused by the common law, the *Criminal Code* and ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. It is not just a right to the assistance of counsel, but to the *effective* assistance of counsel, and one that this Court has characterized "as a principle of fundamental justice" (*R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 24, *per* Major J.).

[169] Like the right to silence, this right has not been granted to suspects and to persons accused of crime *on the condition that it not be exercised when they are most in need of its protection* — notably at the stage of custodial interrogation, when they are particularly vulnerable and in an acute state of jeopardy.

[170] As mentioned above, the Chief Justice and Charron J. would subject a detainee's request to

pas en droit d'obtenir. Or, même si une telle approche peut sembler paradoxale au détenu dépourvu de formation juridique, il vaut souvent mieux garder le silence devant la « preuve » présentée et laisser au tribunal le soin d'en déterminer l'admissibilité et la force probante, et résister à l'inévitable tentation de mettre un terme à l'interrogatoire en faisant la déclaration incriminante que les enquêteurs cherchent à obtenir.

[167] L'accès à un avocat revêt donc une importance capitale à ce stade pour garantir, dans la mesure du possible, le respect des droits constitutionnels du détenu et pour lui donner le sentiment de sécurité que la représentation juridique est censée procurer. Mais il demeure dans l'intérêt de la société que les droits constitutionnels soient respectés à l'étape préalable au procès, puisqu'ils garantissent l'intégrité du processus criminel du début à la fin. Dans ces circonstances, le rôle de l'avocat ne se limite pas à rappeler au détenu son droit au silence, mais consiste aussi à lui expliquer *pourquoi* et *comment* ce droit devrait et pourrait être exercé efficacement. En d'autres mots, l'avocat donne non seulement au détenu le conseil de ne pas parler mais aussi, ce qui est peut-être plus important, il lui explique *pourquoi* il ne doit pas le faire.

[168] L'assistance d'un avocat est non seulement un droit reconnu aux détenus en vertu de l'al. 10*b*) de la *Charte*, mais aussi un droit accordé à tous les accusés par la common law, le *Code criminel* ainsi que l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Il ne s'agit pas simplement du droit à l'assistance d'un avocat, mais du droit à l'assistance *effective* d'un avocat, que, du reste, notre Cour a qualifié de « principe de justice fondamentale » (*R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 24, le juge Major).

[169] Tout comme le droit au silence, ce droit n'a pas été donné aux suspects et aux personnes accusées d'un crime *à la condition qu'ils ne l'exercent pas lorsqu'ils ont le plus besoin de sa protection* — surtout au stade de l'interrogatoire, un moment de vulnérabilité particulière et de risque spécialement élevé pour eux.

[170] Comme nous l'avons déjà mentionné, selon la Juge en chef et la juge Charron, la personne

consult with counsel, made during the course of an interrogation, to a requirement, in essence, that there have been, in some form, a material or substantial change in jeopardy in the eyes of police interrogators. The limitations they propose are inconsistent with the text and purpose of s. 10(*b*). They are also inconsistent with the broader and indispensable role of counsel in the administration of criminal justice. Giving s. 10(*b*) the requisite large and liberal interpretation leads us to a principled disagreement with our colleagues that the effective exercise of the s. 10(*b*) right does not require greater access to counsel, on the part of detainees, in the custodial setting.

C. *The "Intermediate Position" of Binnie J.*

[171] We recognize that the reasons of our colleague Binnie J. are meant to expand the protections afforded by s. 10(*b*). Building on precedent that has recognized the right of detainees to consult counsel whenever they face a material change in jeopardy, our colleague would permit detainees to do so, upon request, but only where there is a genuine need for consultation and not where the request is made for the purpose of delay or distraction (para. 80). Our colleague then sets out a detailed list of factors to guide police interrogators in determining whether there is "objective support" for the detainee's request (para. 106).

[172] In our view, the right to counsel, and by extension its meaningful exercise, cannot be made to depend on an interrogator's opinion in this way. Detainees are constitutionally entitled to consult counsel without having to persuade their interrogators that their wish to do so is *valid* or *reasonable*. And no detainee is bound, simply because an interrogator sees no valid need for further consultation, to submit to the unrelenting questioning of an interrogator, bent on extracting a confession to be relied on in prosecuting the detainee.

détenue ne peut demander, pendant un interrogatoire, à consulter un avocat que si, aux yeux des policiers, il y a essentiellement un changement important ou substantiel du risque, sous une forme ou une autre. Les restrictions qu'elles proposent ne respectent ni le texte de l'al. 10*b*) lui-même ni son objet général. Elles ne se concilient pas non plus avec le rôle indispensable, de nature plus large, de l'avocat dans l'administration de la justice criminelle. Nous adoptons l'interprétation large et généreuse de l'al. 10*b*) qui s'impose en l'espèce. Notre conception nous conduit à un désaccord de principe avec nos collègues, pour qui l'exercice effectif du droit garanti par l'al. 10*b*) n'exige pas un accès plus généreux à l'avocat de la part des détenus placés sous garde.

C. *La « position intermédiaire » du juge Binnie*

[171] Nous reconnaissons que les motifs de notre collègue le juge Binnie veulent élargir les protections offertes par l'al. 10*b*). Se fondant sur la jurisprudence qui a reconnu le droit des détenus de consulter un avocat lorsqu'ils se trouvent devant un changement important du risque, notre collègue permettrait aux détenus de le faire, sur demande, mais uniquement s'il existe un besoin réel de consultation et non lorsque la demande a pour but de retarder l'enquête policière ou de s'y soustraire temporairement (par. 80). Notre collègue dresse ensuite à l'intention des enquêteurs une liste détaillée de facteurs pour les aider à déterminer si la demande du détenu repose sur un « fondement objectif » (par. 106).

[172] À notre avis, le droit à l'assistance d'un avocat et, par extension, son exercice utile ne peuvent être subordonnés ainsi à l'opinion d'un enquêteur. Les détenus ont, en vertu de la Constitution, le droit de consulter un avocat sans avoir à persuader les policiers qui les interrogent que leur souhait de consultation est *valable* ou *raisonnable*. Et aucun détenu n'est obligé, du simple fait qu'un enquêteur ne voit aucun besoin valable de consultation supplémentaire, de se soumettre aux questions incessantes d'un policier, fermement résolu à arracher des aveux capables d'être invoqués dans le cadre d'une poursuite pénale.

[173] In support of his contention that it would be inappropriate to allow counsel to be present during a custodial interrogation, Binnie J. notes that, in civil examinations for discovery, the presence of counsel can be a "disruptive force" (para. 101). While we are sure that our colleague does not wish to draw procedural parallels between the civil and criminal justice systems, we must reiterate that unlike in the civil process where all parties, including the defendant, are compellable witnesses and have reciprocal disclosure obligations, the accused in a criminal investigation enjoys a constitutionally protected right to silence and has absolutely no obligation to assist the state with its prosecution. This bedrock principle forms the basis of our common law and is enshrined in the Constitution. The assistance of lawyers might be disruptive during interrogations. But so are the presence of lawyers at trial, the right to silence, the presumption of innocence, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[174] Finally, we wish to address the application of Lamer J.'s comment in *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368, at p. 385 (cited at para. 101 of Binnie J.'s reasons and at para. 58 of the Chief Justice and Charron J.'s reasons):

> This limit on the rights of an arrested or detained person is essential because without it, it would be possible to delay needlessly and with impunity an investigation and even, in certain cases, to allow for an essential piece of evidence to be lost, destroyed or rendered impossible to obtain. The rights set out in the *Charter*, and in particular the right to retain and instruct counsel, are not absolute and unlimited rights. They must be exercised in a way that is reconcilable with the needs of society. An arrested or detained person cannot be permitted to hinder the work of the police by acting in a manner such that the police cannot adequately carry out their tasks.

[175] We note that in *Smith*, the detainee had unequivocally waived his right to counsel. The language used by Lamer J. should not be extended to the present appeal, where the detainee not only

[173] Pour appuyer l'argument selon lequel il ne conviendrait pas de permettre à l'avocat d'assister à l'interrogatoire, le juge Binnie souligne que, dans les interrogatoires préalables en matière civile, la présence des avocats peut constituer une « force perturbatrice » (par. 101). Bien que nous soyons convaincus que notre collègue n'entend pas établir des parallèles procéduraux entre les systèmes de justice civile et criminelle, nous devons rappeler que, contrairement à la procédure civile, où toutes les parties, y compris le défendeur, demeurent des témoins contraignables ayant des obligations réciproques de divulgation, la personne accusée dans le cadre d'une enquête criminelle jouit du droit constitutionnellement protégé de garder le silence et n'est absolument pas tenue de prêter son concours à la poursuite engagée par l'État. Ce principe fondamental de la common law canadienne est également inscrit dans la Constitution. L'assistance d'avocats peut entraîner des perturbations pendant l'interrogatoire. Mais la présence d'avocats au procès, le droit de garder le silence, la présomption d'innocence et la *Charte canadienne des droits et libertés* elle-même constituent aussi des éléments perturbateurs.

[174] Finalement, nous voulons commenter l'utilisation de l'observation suivante du juge Lamer dans *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368, p. 385 (citée au par. 101 des motifs du juge Binnie et au par. 58 des motifs de la Juge en chef et de la juge Charron) :

> Cette limite aux droits d'une personne arrêtée ou détenue est essentielle puisque sans elle, il serait possible de retarder inutilement et impunément une enquête et même, dans certains cas, de faire en sorte qu'une preuve essentielle soit perdue, détruite ou impossible à obtenir. Les droits énoncés dans la *Charte*, et en particulier le droit à l'assistance d'un avocat, ne sont pas des droits absolus et illimités. Ils doivent être exercés d'une façon qui soit conciliable avec les besoins de la société. On ne peut permettre à une personne arrêtée ou détenue d'entraver le travail des policiers en lui permettant de faire en sorte que ces derniers ne puissent effectuer adéquatement leur tâche.

[175] Nous signalons que, dans *Smith*, le détenu avait renoncé de façon non équivoque à son droit à l'assistance d'un avocat. Les propos du juge Lamer ne devraient pas être appliqués au présent pourvoi,

exercised his right to counsel once, but consistently maintained that he wished to reconsult his lawyer.

[176] The close connection between the right to counsel and the right to silence is manifest in the context of custodial interrogations, where the police, as we have seen time and time again, systematically deny detainees access to counsel in order to prevent them from effectively exercising their right to silence. This case and *Singh* are but two recent examples. In both instances, a detainee under the total control of the police unequivocally and repeatedly asserted his decision to remain silent. In both instances, their interrogators ignored the detainees' assertions of that constitutional right and, in order to prevent or circumvent its effective exercise, denied the detainees' repeated request to consult their lawyers. To "break" or wear down the detainees, the police officers continued to interrogate them relentlessly for hours.

[177] In our view, detainees who demand access to counsel before being further subjected to relentless interrogation against their will can hardly be said to exercise their right to counsel "whimsically or capriciously" (Binnie J., at para. 112). They are constitutionally entitled "to speak to [their] lawyer NOW" (para. 111) — not TOMORROW, after the police, who hold all the cards, have won what Binnie J. aptly describes as a prolonged "endurance contest" (para. 89). In Binnie J.'s words, at para. 89:

> The Crown seems to conceive of the police interrogation as an endurance contest between the detainee, who starts off with the benefit of the standard police warning and generic advice from his or her lawyer (presumably to refuse to cooperate — what else can the lawyer advise at that outset?) and, on the other hand, an experienced police interrogator who wants to cajole and manoeuvre and wear down the detainee into making incriminating statements and, if possible, a full confession.

où le détenu a non seulement exercé son droit à l'assistance d'un avocat une première fois, mais aussi a invariablement maintenu qu'il souhaitait consulter de nouveau son avocat.

[176] Le lien étroit entre le droit à l'assistance d'un avocat et le droit au silence est manifeste dans le contexte de l'interrogatoire, où la police, comme nous l'avons vu à maintes reprises, refuse systématiquement aux détenus l'accès à l'assistance d'un avocat afin de les empêcher d'exercer effectivement leur droit au silence. Le présent pourvoi et l'affaire *Singh* ne constituent que deux exemples récents. Dans les deux cas, le détenu, qui se trouvait entièrement sous le contrôle de la police, a affirmé clairement et à maintes reprises sa décision de garder le silence. Dans les deux cas, les policiers qui interrogeaient les détenus n'ont pas tenu compte de leur revendication de ce droit constitutionnel et, pour empêcher ou contourner son exercice effectif, ont refusé de donner suite à leur demande répétée de consulter leurs avocats. Pour faire craquer les détenus et pour les avoir à l'usure, les policiers ont continué à les interroger avec acharnement pendant des heures.

[177] À notre avis, on ne peut pas vraiment dire des détenus qui demandent d'avoir accès à un avocat avant d'être soumis, contre leur gré, à un interrogatoire acharné qu'ils exercent leur droit à l'assistance d'un avocat « de façon capricieuse » (le juge Binnie, par. 112). Selon la Constitution, ils ont le droit de « parler à [leur] avocat MAINTENANT » (par. 111) — pas DEMAIN, après que la police, qui détient toutes les cartes, eut gagné ce que le juge Binnie a fort bien décrit comme une longue « épreuve d'endurance » (par. 89). Pour reprendre les propos du juge Binnie :

> Le ministère public semble concevoir l'interrogatoire de la police comme une épreuve d'endurance entre le détenu, qui au début bénéficie de la mise en garde habituelle et des conseils de nature générale de son avocat (vraisemblablement refuser de coopérer — que pourrait conseiller d'autre l'avocat à ce stade?) et un interrogateur de la police expérimenté qui veut amadouer, manœuvrer et épuiser le détenu pour l'amener à faire des déclarations incriminantes et, si possible, des aveux complets. [par. 89]

Under our Constitution the right to counsel enshrined in s. 10(*b*) is not "spent" upon its initial exercise following arrest or detention. Nor is its further exercise subject to the permission of the police officers who deliberately ignore the detainee's repeated requests to consult counsel. By persisting instead with their relentless custodial interrogation, despite the detainee's clearly expressed choice not to speak with them, the police flout another constitutional right — the detainee's right to silence. Often if not invariably, they thereby succeed in persuading the detainee that further attempts to exercise either constitutional right will merely postpone the inevitable and prove to be in vain.

Selon notre Constitution, le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*) n'est pas « épuisé » après son exercice initial qui suit l'arrestation ou la détention. Son exercice par la suite n'est pas non plus assujetti à la permission des policiers qui ignorent délibérément les demandes répétées du détenu de consulter un avocat. En poursuivant plutôt leur interrogatoire acharné, malgré la décision clairement exprimée du détenu de ne pas leur parler, les policiers ne respectent pas un autre droit constitutionnel — le droit qu'a le détenu de garder le silence. Souvent, voire invariablement, ils arrivent ainsi à persuader le détenu que toute tentative d'exercer l'un ou l'autre de ces droits constitutionnels ne servira qu'à remettre à plus tard l'inévitable et se révélera futile.

[178] Finally, at least in the context of custodial interrogations, nothing in s. 10(*b*) renders the effective exercise by detainees of their right to counsel subject to an "objective" determination by their interrogators regarding the presence or absence of the factors enumerated by Binnie J. (para. 106). None of these proposed limits on the right to counsel were the subject of constitutional justification under s. 1 of the *Charter*. The grounds proposed by our colleague may well provide helpful guidance in determining whether evidence obtained in violation of s. 10(*b*) should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In our respectful view, however, they do not bear on the contours or content of the right to counsel itself.

[178] Enfin, du moins dans le contexte de l'interrogatoire, rien dans l'al. 10*b*) ne permet d'assujettir l'exercice effectif par les détenus du droit à l'assistance d'un avocat à la détermination « objective » des policiers qui les interrogent, quant à la présence ou l'absence des facteurs énumérés par le juge Binnie (par. 106). Aucune des restrictions proposées relativement au droit à l'assistance d'un avocat n'a fait l'objet d'une justification constitutionnelle au regard de l'art. 1 de la *Charte*. Il se peut que les motifs proposés par notre collègue aident à déterminer s'il y a lieu d'écarter, en application du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue en violation de l'al. 10*b*). Nous estimons, toutefois, qu'ils ne se rapportent pas aux limites ni au contenu du droit à l'assistance d'un avocat lui-même.

[179] In short, we do not accept that fresh access to counsel is limited to situations where *the police interrogator* is satisfied either that there has been a material change in circumstances, or that the request is not made in an effort to delay or distract. As we have shown, this approach is consistent neither with the text of s. 10(*b*) itself, nor with its broader purpose. We also reject this approach on the basis that it focusses on the objective observations and conclusions of the police, who have the detainee in their total control, and not on the subjective needs of the accused.

[179] Bref, nous n'acceptons pas la thèse selon laquelle la possibilité de consulter de nouveau un avocat est réservée aux cas où *le policier conduisant l'interrogatoire* est convaincu soit de l'existence d'un changement important de circonstances, soit que la demande ne vise pas à retarder l'enquête policière ou à s'y soustraire temporairement. Comme nous l'avons démontré, cette approche ne s'accorde ni avec le texte de l'al. 10*b*) lui-même, ni avec son objectif général. Nous la rejetons également du fait qu'elle est centrée sur les observations et conclusions objectives de la police, sous le contrôle de laquelle se trouve entièrement le détenu, et non sur les besoins ressentis par ce dernier.

D. *Oickle and the Singh-Sinclair Squeeze*

[180] In our view, the approach of the Chief Justice and Charron J., when coupled with the majority decision in *Singh*, carries significant and unacceptable consequences for the administration of criminal justice and the constitutional rights of detainees in this country.

[181] The Chief Justice and Charron J. suggest that any residual concerns regarding the detainee's inability to consult counsel during a custodial interrogation can be addressed by an assessment of the voluntariness of the statement. More specifically, with respect to the detainee's right to remain silent, they suggest at para. 60 that the "answer" lies with *Singh*:

> The better approach is to continue to deal with claims of subjective incapacity or intimidation under the confessions rule. For example, in *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at para. 61, the Court recognized that using non-existent evidence to elicit a confession runs the risk of creating an oppressive environment and rendering any statement involuntary. In *Singh*, the Court stressed that persistence in continuing the interview, particularly in the face of repeated assertions by the detainee that he wishes to remain silent, may raise "a strong argument that any subsequently obtained statement was not the product of a free will to speak to the authorities" (para. 47). [Emphasis added.]

[182] We question our colleagues' assertion that *Singh*, and the confessions rule more generally, are capable of dealing with these residual concerns in any meaningful manner. The reasons of the Chief Justice and Charron J., we believe, place an overreliance on the ability of the confessions rule to provide this residual but essential protection.

[183] The common law requirement of voluntariness set out in *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, was never intended to serve as a substitute for the constitutional guarantees that concern us here. As Binnie J. amply demonstrates, it has hardly offered the residual protection it is said by

D. *Oickle et Singh-Sinclair : Entre l'enclume et le marteau*

[180] À notre avis, l'approche adoptée par la Juge en chef et la juge Charron, combinée avec la décision de la majorité dans *Singh*, entraîne des conséquences sérieuses et inacceptables pour l'administration de la justice criminelle et pour les droits constitutionnels des détenus dans notre pays.

[181] La Juge en chef et la juge Charron laissent entendre qu'une évaluation du caractère volontaire de la déclaration permettra de répondre à toute crainte résiduelle quant à l'impossibilité pour le détenu de consulter un avocat pendant un interrogatoire sous garde. En ce qui a trait, plus précisément, au droit du détenu de garder le silence, elles affirment, au par. 60, que la « réponse » réside dans *Singh* :

> La meilleure démarche consiste à continuer d'examiner selon la règle des confessions les allégations d'incapacité ou d'intimidation subjectives. Par exemple, dans *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 61, la Cour a reconnu que l'utilisation d'éléments de preuve inexistants pour soutirer des aveux risque de créer une atmosphère oppressive et de rendre les déclarations non volontaires. Dans *Singh*, la Cour a souligné que la persistance à poursuivre l'entretien, surtout devant les affirmations répétées du détenu qu'il souhaite garder le silence, permet de « faire valoir sérieusement que toute déclaration obtenue par la suite ne résult[e] pas d'une libre volonté de parler aux autorités » (par. 47). [Nous soulignons.]

[182] L'affirmation de nos collègues que *Singh* et, d'une façon plus générale, la règle des confessions permettent de répondre d'une façon le moindrement utile à ces craintes résiduelles nous laisse fort sceptiques. Les motifs de la Juge en chef et de la juge Charron, croyons-nous, expriment une confiance exagérée dans la capacité de la règle des confessions de fournir cette protection résiduelle mais essentielle.

[183] Il n'a jamais été question que l'exigence de la common law d'établir le caractère volontaire, énoncée dans *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, remplace les garanties constitutionnelles dont il est question en l'espèce. Comme le juge Binnie l'a amplement démontré, elle offre à peine la

the Chief Justice and Charron J. to afford. We need only go back to the particular facts of both *Singh* and the within appeal to demonstrate why this is so. Mr. Singh asserted his right to silence 18 times during the course of his custodial interview. Yet, a majority of the Court concluded that his inculpatory statement was nevertheless voluntary. Similarly, Mr. Sinclair's statement was deemed voluntary by the trial judge, and an appeal against that finding was abandoned in the Court of Appeal (see reasons of Frankel J.A., at para. 4) and not further challenged in this Court. Mr. McCrimmon, the appellant in the companion appeal (*R. v. McCrimmon*, 2010 SCC 36, [2010] 2 S.C.R. 402) also challenged the voluntariness of his statement before both the trial judge and the Court of Appeal. Both courts concluded that his statement was voluntary.

[184] With respect, the suggestion of the Chief Justice and Charron J. that our residual concerns can be *meaningfully* addressed by way of the confessions rule thus ignores what we have learned about the dynamics of custodial interrogations and renders pathetically anaemic the entrenched constitutional rights to counsel and to silence.

[185] More broadly, however, the majority opinions in both *Singh* and this case project a view of the right to silence that hinges too closely on the voluntariness of a detainee's inculpatory statement. This approach ignores the fact that the right to silence can be breached in a manner other than the taking by the police of an involuntary statement. As Professor Stewart has observed, "[t]he right to silence can be violated when the police improperly persuade the accused to speak, but without any inducement or other factor that would make the ensuing statement involuntary" (p. 539).

[186] In our view, a denial of the right to consult counsel, which has the effect of forcing a detainee to participate in the interrogation until confession, coupled with the explicit belief on the part of the

protection résiduelle qu'elle est censée offrir selon la Juge en chef et la juge Charron. Il suffit de rappeler les faits particuliers de *Singh* et du présent pourvoi pour justifier cette évaluation. M. Singh avait invoqué son droit au silence à 18 reprises au cours de son interrogatoire. Pourtant la majorité de la Cour a conclu au caractère malgré tout volontaire de sa déclaration inculpatoire. De même, le juge de première instance a considéré la déclaration de M. Sinclair comme volontaire. Cette conclusion a fait l'objet d'un appel, lequel a été abandonné en Cour d'appel (voir les motifs du juge Frankel, par. 4) et elle n'est pas contestée devant nous. M. McCrimmon, l'appelant dans le pourvoi connexe (*R. c. McCrimmon*, 2010 CSC 36, [2010] 2 R.C.S. 402) a lui aussi contesté le caractère volontaire de sa déclaration en première instance et en Cour d'appel. Les deux juridictions ont jugé sa déclaration volontaire.

[184] Lorsqu'elles suggèrent que le recours à la règle des confessions peut répondre *véritablement* à nos craintes résiduelles, la Juge en chef et la juge Charron ne tiennent pas compte, à notre avis, de ce que nous avons appris au sujet de la dynamique des interrogatoires; leur suggestion affaiblit terriblement le droit à l'assistance d'un avocat et le droit de garder le silence, inscrits dans la Constitution.

[185] Mais d'une façon plus générale, les opinions de la majorité dans *Singh* et dans la présente affaire adoptent une vision du droit au silence trop étroitement axée sur le caractère volontaire de la déclaration inculpatoire du détenu. Cette conception oublie que le droit au silence peut être enfreint autrement que par l'obtention par la police d'une déclaration non volontaire. Comme l'a écrit le professeur Stewart, [TRADUCTION] « [l]e droit de garder le silence peut être violé lorsque la police persuade abusivement l'accusé de parler, mais sans qu'il y ait incitation ou présence d'un autre élément qui rendrait non volontaire la déclaration qui en découle » (p. 539).

[186] Selon nous, le fait de refuser au détenu l'exercice du droit de consulter un avocat et, par là même, de le forcer à participer à l'interrogatoire jusqu'à l'obtention d'aveux, conjugué avec la

police that they are entitled to that confession, has precisely that effect.

[187] And yet this is not the most troubling consequence of the approach adopted by the Chief Justice and Charron J.

[188] The majority held in *Singh* that detainees who have asserted their right to silence have no consequent right or power, under either the common law or the *Charter*, to prevent the police from relentlessly pursuing their custodial interrogation. It therefore follows, in their view, that a detainee cannot be allowed to achieve the same result simply by asserting their s. 10(*b*) right to counsel. They ground this conclusion in a belief that detainees have *an obligation to participate in the investigation against them* (reasons of the Chief Justice and Charron J., at paras. 57-58).

[189] We rejected this view in *Singh* and feel bound again to do so here. The objections we expressed in *Singh* apply with no less force to the s. 10(*b*) right to counsel.

[190] The majority's conclusion in *Singh* that a detainee cannot use the s. 7 right to silence to cease a custodial interview, and the view of the Chief Justice and Charron J. in this case that a detainee cannot use s. 10(*b*) in this same fashion, in effect creates a new right on the part of the police to the unfettered and continuing access to the detainee, for the purposes of conducting a custodial interview to the point of confession. The clear result is that custodial detainees cannot exercise their constitutional rights in order to prevent their participation in the investigation against them.

[191] We note that this expansion of police powers occurs at the expense of *Charter* rights. More importantly, it is being accomplished without subjecting the potential police power to the rigours of the s. 1 justification process, or even the *Dedman/Waterfield* test for the recognition of police powers at common law *(R. v. Waterfield*,

croyance explicite de la part de la police qu'elle a le droit d'obtenir ces aveux, a précisément cet effet.

[187] Et pourtant cette conséquence de l'approche privilégiée par la Juge en chef et la juge Charron n'est pas la plus préoccupante.

[188] La majorité a conclu dans *Singh* que le détenu qui a invoqué son droit au silence n'a pas de ce fait le droit ou le pouvoir, en vertu de la common law ou de la *Charte*, d'empêcher la police de poursuivre avec acharnement son interrogatoire. En conséquence, selon nos collègues, on ne saurait pas permettre au détenu d'obtenir le même résultat simplement en invoquant le droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10*b*). Elles fondent cette conclusion sur l'opinion que le détenu a *l'obligation de coopérer à l'enquête dont il fait l'objet* (motifs de la Juge en chef et de la juge Charron, par. 57-58).

[189] Nous avons rejeté cette thèse dans *Singh*. Nous estimons devoir l'écarter encore une fois en l'espèce. En effet, les objections que nous avions formulées dans *Singh* s'appliquent avec la même force à propos du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*).

[190] La conclusion de la majorité dans *Singh* qu'un détenu ne peut invoquer le droit au silence garanti par l'art. 7 pour mettre fin à un interrogatoire et la thèse défendue en l'espèce par la Juge en chef et la juge Charron, qui consiste à refuser à un détenu la possibilité d'invoquer l'al. 10*b*) dans le même but, confèrent à la police un nouveau droit qui lui garantit un accès sans entraves et continu au détenu pour la conduite d'un interrogatoire jusqu'à l'obtention d'aveux. Le résultat est clair : le détenu sous garde ne peut pas exercer ses droits constitutionnels afin d'éviter de collaborer à l'enquête dont il fait l'objet.

[191] Nous constatons que cet élargissement des pouvoirs de la police se fait au détriment de droits garantis par la *Charte*. Surtout, il s'effectue sans que le pouvoir potentiel de la police soit soumis aux rigueurs du processus de justification prévu par l'art. 1, ni même au test *Dedman/Waterfield* utilisé pour la reconnaissance de nouveaux pouvoirs

[1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.), and *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2). What is more, "this kind of judicial intervention would pre-empt any serious *Charter* review of the limits, as the limits would arise out of initiatives of the courts themselves" (*R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3, at para. 81 (*per* LeBel J., Fish J. concurring)). Indeed, the Chief Justice and Charron J. subject the limits they impose on s. 10(*b*) to no legal or constitutional scrutiny whatsoever.

policiers en vertu des règles de la common law (*R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.), et *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2). Au surplus, « le fait d'envisager ce type d'intervention judiciaire empêcherait tout examen sérieux des restrictions à la lumière de la *Charte*, puisqu'elles auraient leur origine dans des initiatives des tribunaux eux-mêmes » (*R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3, par. 81 (le juge LeBel, aux motifs duquel a souscrit le juge Fish)). Du reste, la Juge en chef et la juge Charron n'assujettissent à aucun examen légal ou constitutionnel les limites qu'elles imposent à l'égard de l'al. 10*b*).

[192] Members of this Court have, in recent years, repeatedly questioned the practice of expanding the scope of police powers by judicial fiat (see, for example, *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725 (*per* Binnie J., LeBel and Fish JJ. concurring); *Orbanski*; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 (*per* LeBel J., Fish, Abella and Charron JJ. concurring)). The common thread linking these opinions is a concern that "while *Charter* rights relating to the criminal justice system were developed by the common law, the common law would now be used to trump and restrict them" (*Orbanski*, at para. 70).

[192] Des juges de notre Cour ont, au cours des dernières années, remis en question à plusieurs reprises la pratique visant à accroître l'étendue des pouvoirs de la police par décision judiciaire (voir, par exemple, *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725 (le juge Binnie, aux motifs duquel ont souscrit les juges LeBel et Fish); *Orbanski*; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, (le juge LeBel, aux motifs duquel ont souscrit les juges Fish, Abella et Charron)). Le dénominateur commun à ces opinions consiste en la crainte suivante : « alors que les droits prévus à la *Charte* en ce qui a trait au système de justice pénale ont été élaborés par la common law, on utiliserait maintenant cette même common law pour les court-circuiter et les restreindre » (*Orbanski*, par. 70).

[193] These concerns have been echoed by appellate courts, as exemplified by the following passage from the concurring reasons of Jackson J.A. in *R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, at para. 147:

[193] Ces préoccupations ont trouvé un écho dans des cours d'appel, comme le montre le passage suivant tiré des motifs concordants de la juge Jackson dans *R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, par. 147 :

It also goes, almost without saying, that an expansion of police powers, by judicial decision alone, precludes any future *Charter* scrutiny of the increased power, and is inconsistent with the usual tenor of the evolution of the common law, which traditionally defends civil liberties and does not infringe them, without cogent evidence of the need to do so. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Il va presque sans dire qu'un élargissement des pouvoirs policiers opéré par la seule voie de la décision judiciaire exclut tout examen futur, fondé sur la *Charte*, de ce pouvoir accru, et ne cadre pas avec le sens habituel de l'évolution de la common law, qui traditionnellement défend les libertés civiles plutôt que d'y porter atteinte, à moins que la nécessité de le faire ait été solidement établie. [Nous soulignons.]

We agree.

C'est aussi notre avis.

[194] We do not question the authority of the courts to expand, narrowly and only when proven

[194] Nous ne mettons pas en doute le pouvoir des tribunaux d'accroître l'étendue des pouvoirs

necessary, the scope of police powers. However, we insist that this authority be exercised explicitly, only in the face of clear evidence of the need to do so, and in a manner that is shown to be constitutionally compliant upon a rigorous s. 1 analysis.

[195] In the view of the Chief Justice and Charron J., it is important to preserve the ability of the police to properly *investigate crimes*, and to use interrogation as an *investigative technique*. As the *Singh* majority held, custodial suspects are not immune from the reach of the police:

> What the common law recognizes is the individual's right to remain silent. This does not mean, however, that a person has the right not to be spoken to by state authorities. The importance of police questioning in the fulfilment of their investigative role cannot be doubted. One can readily appreciate that the police could hardly investigate crime without putting questions to persons from whom it is thought that useful information may be obtained. The person suspected of having committed the crime being investigated is no exception. Indeed, if the suspect in fact committed the crime, he or she is likely the person who has the most information to offer about the incident. Therefore, the common law also recognizes the importance of police interrogation in the investigation of crime. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 28.]

The suspect in a criminal investigation is to be valued as an important, if not "fruitful", source of information (*Singh*, at para. 45).

[196] Based primarily on a belief in the need to balance the s. 10(*b*) right against the public interest in investigating and solving crimes, in addition to the perceived practical difficulties associated with exercising the right to the ongoing assistance of counsel, the position of the Chief Justice and Charron J., in essence, would therefore limit the right to consult with counsel to circumstances where some form of material or substantial change in jeopardy has occurred and the detainee has demonstrated it to the satisfaction of his interrogators. Otherwise, the ability of the police to investigate crimes would, in their view, be unduly frustrated

policiers, de façon circonscrite et seulement lorsque la nécessité de le faire a été établie. Nous précisons cependant que ce pouvoir doit être exercé explicitement, dans les seuls cas où sa nécessité a été clairement établie, et d'une manière dont on a démontré la conformité à la Constitution après une analyse rigoureuse fondée sur l'art. 1.

[195] Selon la Juge en chef et la juge Charron, il importe de préserver la capacité de la police d'*enquêter* adéquatement *sur les crimes* et de recourir à l'interrogatoire comme *technique d'enquête*. Comme l'a conclu la majorité dans *Singh*, les suspects sous garde ne sont pas à l'abri de la police :

> Ce que la common law reconnaît, c'est le droit d'un individu de garder le silence. Toutefois, cela ne signifie pas que quelqu'un a le droit de ne pas se faire adresser la parole par les autorités de l'État. On ne saurait douter de l'importance que l'interrogatoire revêt dans le travail d'enquête des policiers. On comprendra aisément qu'il serait difficile pour la police d'enquêter sur un crime sans poser de questions aux personnes qui, selon elle, sont susceptibles de lui fournir des renseignements utiles. La personne soupçonnée d'avoir commis le crime à l'origine de l'enquête ne fait pas exception. Du reste, s'il a effectivement commis le crime, le suspect est vraisemblablement la personne ayant le plus de renseignements à fournir au sujet de l'épisode en question. La common law reconnaît donc aussi l'importance de l'interrogatoire policier dans les enquêtes criminelles. [Nous soulignons; soulignement dans l'original supprimé; par. 28.]

Le suspect, dans une enquête criminelle, doit être ainsi considéré comme une source de renseignements importante, voire « riche » (*Singh*, par. 45).

[196] Se fondant essentiellement sur l'opinion qu'il faut soupeser le droit garanti par l'al. 10*b*) et l'intérêt public à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête et soient résolus, ainsi que sur ce qu'elles perçoivent comme étant des difficultés pratiques que soulève l'exercice du droit à l'assistance continue d'un avocat, la Juge en chef et la juge Charron restreignent en fait le droit de consulter un avocat aux situations où survient un changement important ou substantiel, sous une forme ou une autre, dans le risque que comporte pour le détenu la situation dans laquelle il se trouve, et où le détenu le prouve aux enquêteurs. Autrement, la capacité de la police

and the administration of justice would, they say, grind to a halt.

[197] We note again that none of these purported justifications were put through the rigour of a s. 1 analysis, and are based on nothing more than speculation. We emphasize the absence of any evidence to support the notion that allowing detainees to consult with their counsel during the course of a lengthy custodial interview "would have a 'devastating impact' on criminal investigations anywhere in this country" nor that it would restrain the ambit of police questioning (*Singh*, at para. 88). We echo the comments of our colleague Binnie J. in *Clayton*, equally applicable here, that the approach of the Chief Justice and Charron J. "can only add to the problematic elasticity of common law police powers, and sidestep the real policy debate in which competing individual and societal interests are required to be clearly articulated in the established framework of *Charter* analysis" (para. 61).

[198] Concerns similar to those expressed by our colleagues were also expressed some 50 years ago in the United States, prior to and after the judgment of the United States Supreme Court in *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Critics argued that if detainees could insist on having their lawyers present during their interrogations, the police would no longer be able to obtain confessions, thereby hindering their ability to solve crimes and secure convictions.

[199] Five decades of empirical research have determined that those early fears were unfounded. Studies addressing the impact of *Miranda* have generally suggested that: (1) police officers began complying with *Miranda* immediately after it became law; (2) *Miranda* has not reduced the percentage of admissions and confessions made to officers; and (3) *Miranda* has not decreased the percentage of charges laid by prosecutors or their success in prosecuting cases. See, for example, Evelle J. Younger, "Results of a Survey Conducted in the District Attorney's Office of Los Angeles County

d'enquêter sur les crimes serait, selon elles, indûment entravée et l'administration de la justice se trouverait paralysée.

[197] Nous soulignons encore une fois qu'aucune de ces prétendues justifications n'a été soumise à la rigueur d'une analyse fondée sur l'art. 1 et qu'elles ne reposent que sur des conjectures. Nous rappelons l'absence de toute preuve à l'appui de la thèse selon laquelle le fait de permettre à des détenus de consulter leur avocat pendant un long interrogatoire « aurait un "effet dévastateur" sur les enquêtes criminelles partout au pays » et restreindrait la portée des questions de la police (*Singh*, par. 88). Nous reprenons à notre compte les observations de notre collègue le juge Binnie dans *Clayton*, tout aussi applicables en l'espèce, selon lesquelles l'approche adoptée par la Juge en chef et la juge Charron « ne peut qu'ajouter au problème de l'élasticité des pouvoirs policiers en common law et esquiver le véritable débat de principe où les intérêts opposés de l'individu et de la société doivent être clairement exposés dans le cadre établi de l'analyse fondée sur la *Charte* » (par. 61).

[198] Des craintes analogues à celles de nos collègues ont également été soulevées il y a une cinquantaine d'années aux États-Unis, avant et après l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). On faisait valoir que, si les détenus pouvaient exiger la présence de leur avocat pendant les interrogatoires, la police ne serait plus en mesure d'obtenir des aveux. Cette situation entraverait sa capacité de résoudre les crimes et d'obtenir des déclarations de culpabilité.

[199] Cinq décennies de recherches empiriques ont permis d'établir de façon concluante l'absence de fondement de ces craintes initiales. De manière générale, il ressort des études sur l'incidence de *Miranda* que : (1) les policiers ont commencé à se conformer aux règles formulées dans *Miranda* immédiatement après qu'elles furent énoncées; (2) *Miranda* n'a pas réduit le pourcentage d'aveux ou de confessions faits aux policiers; (3) *Miranda* n'a diminué ni le pourcentage d'accusations portées par les poursuivants, ni le taux de réussite de ces poursuites. Voir, par exemple, Evelle J. Younger, « Results

Regarding the Effect of the Miranda Decision upon the Prosecution of Felony Cases" (1966-1967), 5 *Am. Crim. L.Q.* 32; Stephen J. Schulhofer, "*Miranda*'s Practical Effect: Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs" (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500, at p. 547.

[200] Those early findings have remained essentially undisturbed. The consensus, save a few dissenting voices, is that *Miranda*'s effect on both the rates of confession and conviction has been negligible. The rate of confession has remained relatively stable, with only a small (one to two percent) drop post-*Miranda*. Similarly, in a recent large-scale study, Prof. Schulhofer concluded that "[f]or all practical purposes, *Miranda*'s empirically detectable net damage to law enforcement is zero" (p. 547). None of the commentaries referenced by our colleagues contradict these findings. Indeed, two of the mentioned authors find that *Miranda* has inadequately achieved its intended protection of defendants subjected to custodial interrogation. As Ronald J. Allen explains:

> If the atmosphere of the jail house is so compelling, if it is powerful enough to overbear the will to compel confessions to serious felonies by even innocent people, why will it not compel waivers of the abstract legal rights contained in the *Miranda* warnings? In the absence of an explanation of such matters, one would predict exactly what close to forty years of experience have demonstrated, which is that *Miranda* did not make much of a difference.

("*Miranda*'s Hollow Core" (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71, at p. 76)

See also Charles D. Weisselberg, "Mourning *Miranda*" (2008), 96 *Cal. L. Rev.* 1519.

[201] In concluding that the police conduct in this case violated the appellant's s. 10(*b*) right to counsel, we take care to make perfectly clear that we are not advocating the adoption of the American rules under *Miranda*. Our purpose here is simply to

of a Survey Conducted in the District Attorney's Office of Los Angeles County Regarding the Effect of the Miranda Decision upon the Prosecution of Felony Cases » (1966-1967), 5 *Am. Crim. L.Q.* 32; Stephen J. Schulhofer, « *Miranda*'s Practical Effect : Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs » (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500, p. 547.

[200] Rien n'est venu par la suite ébranler la validité de ces conclusions pour l'essentiel. On s'entend pour dire, à quelques voix dissidentes près, que *Miranda* a eu un effet négligeable sur le taux d'aveux et le taux de déclarations de culpabilité. Le taux d'aveux est demeuré relativement stable, n'ayant subi qu'une légère baisse (un à deux pourcent) après *Miranda*. De même, dans une étude récente à grande échelle, le professeur Schulhofer a conclu qu'[TRADUCTION] « [à] toutes fins utiles le dommage net empiriquement détectable causé par l'arrêt *Miranda* sur le plan de l'application de la loi est nul » (p. 547). Aucun des commentaires auxquels nos collègues renvoient ne contredit ces constatations. Deux des auteurs mentionnés estiment même que *Miranda* n'a pas réussi à établir de manière adéquate la protection que cet arrêt visait à offrir aux accusés soumis à des interrogatoires. Comme l'explique Ronald J. Allen :

> [TRADUCTION] Si l'atmosphère de la prison est à ce point contraignante, si elle est suffisamment puissante pour forcer des personnes même innocentes à avouer contre leur volonté des crimes graves, pourquoi ne contraindrait-elle pas des personnes à renoncer aux garanties juridiques abstraites contenues dans les mises en garde de type *Miranda*? En l'absence d'explications à cet égard, on serait amené à prédire exactement ce que près de quarante ans d'expérience ont démontré : *Miranda* n'a pas changé grand-chose.

(« *Miranda*'s Hollow Core » (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71, p. 76)

Voir également Charles D. Weisselberg, « Mourning *Miranda* » (2008), 96 *Cal. L. Rev.* 1519.

[201] Même si nous concluons que la conduite de la police en l'espèce a porté atteinte au droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*), nous tenons à préciser très clairement que nous ne préconisons pas l'adoption au Canada

emphasize that our colleagues' fear that the administration of criminal justice would grind to a halt should custodial detainees be given greater access to counsel is not supported by the experience in jurisdictions where that very right is in place. And while the appellant did urge us to find that counsel are entitled to be present during custodial interrogations, there is no need for us to do so: Our conclusions rest entirely on the constitutional guarantee of meaningful and effective access to counsel enshrined in s. 10(*b*) of the *Charter.*

[202] In our respectful view, the right against self-incrimination and the right to silence cannot be eroded by an approach to criminal investigations, and in particular to custodial interrogation, that would favour perceived police efficiency at the expense of constitutionally protected rights. It is certain that police interrogation is not of itself a breach of the *Charter*, but the needs of police efficacy do not rank higher than the requirements of the *Charter.* We agree with Professor Stewart that the *Charter* places minimum demands on investigative techniques:

> Since the principle against self-incrimination is part of the structure of a rights-based system of criminal justice, whatever minimum demands it places on investigative techniques have to be respected. Any system of justice that takes the dignity and worth of the individual seriously must uphold some version of the principle against self-incrimination. [p. 524]

[203] With respect, we find it difficult to reconcile the view that the right against self-incrimination ought to be ardently defended, with the suggestion that suspects who decide to exercise their right to consult with counsel, in order to meaningfully exercise their right to silence, must nevertheless endure persistent and sustained custodial interrogation. In our view, the approach of the Chief Justice and Charron J. does not pass constitutional muster.

des règles en vigueur aux États-Unis en vertu de *Miranda*. Nous entendons simplement souligner ici que la crainte d'une paralysie de l'administration de la justice qu'expriment nos collègues si les détenus sous garde obtenaient un plus grand accès à l'assistance d'un avocat ne trouve aucune confirmation dans l'expérience vécue aux endroits où ce droit a été reconnu. L'appelant nous a pressés de conclure que les avocats ont le droit d'assister aux interrogatoires, mais il n'y pas lieu pour nous de le faire. Nos conclusions reposent entièrement sur la garantie constitutionnelle de l'accès utile et effectif à l'assistance d'un avocat, laquelle est prévue par l'al. 10*b*) de la *Charte.*

[202] À notre avis, il faut éviter de saper le droit de ne pas s'incriminer et le droit au silence en adoptant une approche en matière d'enquêtes criminelles — en particulier d'interrogatoires — qui privilégierait l'apparente efficacité policière aux dépens de la protection des droits garantis par la Constitution. Certes, l'interrogatoire de la police ne constitue pas en soi une violation de la *Charte*, mais les exigences du travail des policiers n'ont pas préséance sur celles de la *Charte*. À l'instar du professeur Stewart, nous estimons que la *Charte* établit des exigences minimales en matière de techniques d'enquête :

> [TRADUCTION] Le principe de la protection contre l'auto-incrimination étant un élément structurel d'un système de justice criminelle fondé sur des droits, les exigences minimales qu'il comporte à l'égard des techniques d'enquête doivent être respectées. Tout système de justice qui prend au sérieux la dignité et la valeur de l'individu doit préserver sous une forme quelconque le principe de la protection contre l'auto-incrimination. [p. 524]

[203] Avec égards, il nous paraît difficile de concilier le point de vue selon lequel il faut défendre ardemment le droit de ne pas s'incriminer avec la thèse que les suspects qui décident d'exercer leur droit de consulter un avocat afin d'exercer utilement leur droit au silence doivent néanmoins subir des interrogatoires persistants et prolongés. Selon nous, l'approche adoptée par la Juge en chef et la juge Charron ne répond pas aux exigences constitutionnelles.

[204] Accordingly, we are concerned lest the reasons of the Chief Justice and Charron J. be taken to have constitutionalized a police right to the uninterrupted interrogation of detainees to the point of confession. The police are not empowered by the common law or by statute, and still less by our Constitution, to prevent or undermine the effective exercise by detainees of either their right to silence or their right to counsel, or to compel them against their clearly expressed wishes to participate in *interrogations until confession*. Indeed, "[i]f the exercise of this right is a threat to our system of justice, then our system of justice, not the right to counsel, should be openly and honestly questioned" (*R. v. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248 (Que. C.A.), at p. 254 (*per* Fish J.A., as he then was)).

[204] Par conséquent, nous craignons que l'on interprète les motifs de la Juge en chef et de la juge Charron comme une constitutionnalisation d'un droit de la police d'interroger sans relâche des détenus jusqu'à l'obtention d'aveux. La police n'est pas autorisée en common law ou par la loi — et encore moins par la Constitution — à empêcher ou entraver l'exercice effectif par les détenus de leur droit au silence ou de leur droit à l'assistance d'un avocat, ni à les contraindre, contre leur volonté clairement exprimée, à participer à des *interrogatoires jusqu'aux aveux*. En fait, [TRADUCTION] « [s]i l'exercice de ce droit est une menace pour notre système de justice, c'est notre système de justice, et non le droit à l'assistance d'un avocat, qui devrait être ouvertement et honnêtement remis en question » (*R. c. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248 (C.A. Qué.), p. 254 (le juge Fish, maintenant juge à la Cour)).

IV. Application

IV. Application

A. *The Breach of Section 10(b)*

A. *La violation de l'al. 10b)*

[205] Having outlined our view of the purpose and scope of s. 10(*b*), we turn now to the application of this right to the present appeal.

[205] Après avoir exposé notre conception de l'objet et de la portée de l'al. 10*b*), nous passons maintenant à l'application au présent pourvoi du droit qu'il garantit.

[206] Prior to his interrogation, Mr. Sinclair had two brief conversations with his lawyer, each lasting no more than three minutes. Some eight hours later, his interrogation began. Throughout the course of the custodial interrogation, Sgt. Skrine was consistent in his denial of Mr. Sinclair's requests to consult with counsel.

[206] Avant son interrogatoire, M. Sinclair a eu deux brèves conversations avec son avocat, dont la durée dans les deux cas n'a pas dépassé trois minutes. Quelque huit heures plus tard, son interrogatoire a commencé. Pendant cet interrogatoire sous garde, le sergent Skrine a systématiquement refusé toutes les demandes de M. Sinclair de consulter son avocat.

[207] Mr. Sinclair requested either to consult with his lawyer or to have his lawyer present no less than six times throughout the interrogation. Each request coincided with either the presentation of incriminating evidence, both real and invented, or a direct accusation on the part of Sgt. Skrine. And in each instance, Sgt. Skrine either rebuffed the request explicitly, or simply ignored it and continued his relentless questioning.

[207] M. Sinclair a, au moins six fois durant l'interrogatoire, demandé à consulter son avocat ou réclamé la présence de son avocat. Chacune de ces demandes a coïncidé soit avec la présentation de preuves incriminantes, réelles et inventées, soit avec une accusation directe de la part du sergent Skrine. Et chaque fois, le sergent Skrine a explicitement repoussé la demande ou n'en a simplement pas tenu compte et a poursuivi avec acharnement ses questions.

[208] Importantly, several of Mr. Sinclair's requests for counsel were coupled with firm assertions of his right to silence. For example, at the outset of the session, Mr. Sinclair declared, "I'm not saying anything or talking about anything that's until my lawyer's around and he tells me what's going on and stuff" (A.R., at p. 542 (emphasis added)).

[209] Perhaps more troubling is the extent to which Sgt. Skrine believed he was entitled to Mr. Sinclair's confession. In his eyes, Mr. Sinclair's lack of cooperation — in other words his refusal to confess — meant that he was treating his interrogation like nothing more than a "game":

Sinclair: I hear what you're saying, I got nothing to nothing to say right now. You're playing with my mind.

Skrine: You know what Trent? This is not a game.

. . .

There are a number of people's lives here that are entirely affected by what you do, including yourself. Now you've got to summon the courage up to look yourself in that mirror and you decide what person you wanna be, Trent. This is not a game. And shame on you for turning it into a game.

Sinclair: Not trying to turn anything into a game.

Skrine: Good. 'Cause Gary GRICE was a human being and he has people that love him and you have people that love you that are affected by what you've done. You have made decisions in a state that only you can tell me or make me understand. You have made decisions that have affected all these people. You now hold decisions in your hand that affect all those people. This does not go away. You think about that. None of this goes away.

(Door opens and closes as Sgt. SKRINE exits the room.)

[208] Fait important, plusieurs des demandes de M. Sinclair de consulter son avocat s'accompagnaient d'affirmations fermes de son droit au silence. Par exemple, dès le début de la séance, M. Sinclair a déclaré : [TRADUCTION] « Je refuse de dire quoi que ce soit ou de parler de quoi que ce soit jusqu'à ce que mon avocat soit là et me dise ce qui se passe et tout » (d.a., p. 542 (nous soulignons)).

[209] Il est encore plus troublant, peut-être, de constater à quel point le sergent Skrine croyait avoir droit aux aveux de M. Sinclair. À ses yeux, le manque de coopération de M. Sinclair — en d'autres mots, son refus de passer aux aveux — signifiait qu'il considérait son interrogatoire comme un simple [TRADUCTION] « jeu » :

[TRADUCTION]

Sinclair : J'entends ce que vous dites, je n'ai rien, rien à dire pour le moment. Vous essayez de me confondre.

Skrine : Tu sais quoi, Trent? Ce n'est pas un jeu.

. . .

Ce que tu fais change entièrement la vie de plusieurs personnes, y compris la tienne. Maintenant tu dois trouver le courage de te regarder dans ce miroir et tu décides quelle personne tu veux être, Trent. Ce n'est pas un jeu. Et tu devrais avoir honte de tourner ça en jeu.

Sinclair : J'essaie pas de tourner quoi que ce soit en jeu.

Skrine : Bien. Parce que Gary GRICE était un être humain et il y a des gens qui l'aiment et il y a des gens qui t'aiment et qui subissent les conséquences de ce que tu as fait. Tu as pris des décisions dans un état dont toi seul peux me parler ou que toi seul peux me faire comprendre. Tu as pris des décisions qui ont des conséquences pour toutes ces personnes. Tu peux maintenant prendre des décisions qui touchent toutes ces personnes. Ça ne va pas se terminer. Penses-y. Rien de tout ça ne va se terminer.

(La porte s'ouvre et se referme, c'est le sergent SKRINE qui sort de la pièce.)

(Door opens and closes as Sgt. SKRINE re-enters the room.)

Skrine: I had to take a breather, Trent 'cause you know I leave here and I'm just thinking, obviously I'm not doing a very good job here. You know. Maybe I'm not doing a good enough job because I'll tell ya, the decision is that obvious. Like what are you thinking there right now? What are you thinking? What's going through your head? [Emphasis added; A.R., at p. 615.]

[210] He suggests that it would be a "mistake" for Mr. Sinclair to continue to exercise his right to silence:

Skrine: No. Trent, okay, we're not gonna play semantics here. I don't want you to lie to me. We're past that. You did. All right? The evidence is overwhelming. Trent and at the end of the day I do not want you to continue to make mistakes. You have made a mistake. [A.R., at p. 594]

[211] As this Court held in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 180, if a detainee asserts his or her right to silence and chooses not to speak, "the state is not entitled to use its superior power to override the suspect's will and negate his or her choice". In our view, Sgt. Skrine did just that.

[212] As we have explained, both a straightforward reading and a purposive interpretation of s. 10(*b*) lend themselves to a broad conception of the right to counsel. The guarantee of *l'assistance d'un avocat* means more than a one-time consultation with counsel, specifically when the brief consultation is followed by a lengthy interrogation, conducted by a skilled and experienced police interrogator.

[213] Accordingly, the police's failure to suspend the interrogation and allow Mr. Sinclair to consult with counsel, in the face of his numerous requests, constituted a breach of his right to counsel, guaranteed by s. 10(*b*) of the *Charter.*

(La porte s'ouvre et se referme, c'est le sergent SKRINE qui revient dans la pièce.)

Skrine : Il fallait que je prenne un moment de répit, Trent, parce que tu sais je sors d'ici et je pense, de toute évidence, je ne fais pas un très bon travail en ce moment. Tu sais. Peut-être que je ne fais pas un assez bon travail parce que je vais te dire, la décision est tellement évidente. Par exemple, qu'est-ce que tu te dis à ce moment précis? Qu'est-ce que tu es en train de te dire? Qu'est-ce qui se passe dans ta tête? [Nous soulignons; d.a., p. 615.]

[210] Le sergent Skrine a même dit à M. Sinclair qu'il commettrait une [TRADUCTION] « erreur » s'il continuait à exercer son droit au silence :

[TRADUCTION]

Skrine : Non. Trent, bon, on ne va pas faire de la sémantique. Je ne veux pas que tu me mentes. On n'en est plus là. Tu l'as déjà fait. D'accord? La preuve est accablante. Trent, et en fin de compte je ne veux pas que tu continues à faire des erreurs. Tu as déjà fait une erreur. [d.a., p. 594]

[211] Comme la Cour l'a confirmé dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 180, lorsqu'un détenu invoque son droit au silence et choisit de garder le silence, « l'État ne peut utiliser son pouvoir supérieur pour faire fi de la volonté du suspect et nier son choix ». Or à notre avis, c'est exactement ce qu'a fait le sergent Skrine.

[212] Comme nous l'avons expliqué, la simple lecture et une interprétation téléologique de l'al. 10*b*) favorisent une conception large du droit à l'assistance d'un avocat, qui ne se limite pas à une consultation unique avec un avocat, surtout lorsque la brève consultation est suivie d'un long interrogatoire, mené par un enquêteur habile et expérimenté.

[213] Par conséquent, en ne suspendant pas l'interrogatoire et en ne permettant pas à M. Sinclair de consulter un avocat, malgré ses nombreuses demandes en ce sens, la police a porté atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10*b*) de la *Charte.*

[214] However, we must also consider whether the incriminating statements made by Mr. Sinclair to the undercover officer, posing as a fellow inmate, and his participation in a re-enactment of the murder, were also obtained in violation of the *Charter*.

[215] The Court recently considered the issue of statements made subsequent to a *Charter* breach in *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235. In *Wittwer*, the test for admissibility was expressed in the following terms, at para. 21:

> In considering whether a statement is tainted by an earlier *Charter* breach, the courts have adopted a purposive and generous approach. It is unnecessary to establish a strict causal relationship between the breach and the subsequent statement. The statement will be tainted if the breach and the impugned statement can be said to be part of the same transaction or course of conduct: *Strachan* [*R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980], at p. 1005. The required connection between the breach and the subsequent statement may be "temporal, contextual, causal or a combination of the three": *R. v. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376, at para. 45. A connection that is merely "remote" or "tenuous" will not suffice: *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463, at para. 40; *Plaha*, at para. 45.

[216] Like ripples in a pond, Mr. Sinclair's original confession to Sgt. Skrine had far-reaching implications. In our view, both Mr. Sinclair's statement to the undercover officer and his participation in the re-enactment were inextricably linked to his original confession. In fact, Mr. Sinclair said as much to his "cellmate" before confessing to the murder: "They've got me, the body, the sheets, the blood, the fibres on the carpet, witnesses. I'm going away for a long time but I feel relieved."

[217] We therefore find that both the subsequent confession and the re-enactment were obtained in violation of s. 10(*b*) as well.

B. *The Remedy: Section 24(2) of the Charter*

[218] Finally, having found a *Charter* breach, we must now turn to the question of remedy. The appellant asks that the evidence obtained as a result

[214] Nous devons également nous demander, cependant, si les déclarations incriminantes de M. Sinclair à l'agent d'infiltration qui s'est fait passer pour un détenu et sa participation à une reconstitution du meurtre ont elles aussi été obtenues en violation de la *Charte*.

[215] Notre Cour a récemment examiné dans *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235, la question des déclarations faites après une violation de la *Charte*. L'arrêt *Wittwer* a décrit ainsi le critère d'admissibilité de ces déclarations :

> Les tribunaux appelés à décider si une déclaration est viciée par une violation antérieure de la *Charte* ont privilégié une approche généreuse et fondée sur l'objet visé. Il n'est pas nécessaire d'établir un lien de causalité strict entre la violation et la déclaration subséquente. La déclaration sera viciée s'il est possible d'affirmer que la violation et la déclaration en cause font partie de la même opération ou de la même ligne de conduite : *Strachan* [*R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980], p. 1005. Le lien exigé entre la violation et la déclaration subséquente peut être [TRADUCTION] « temporel, contextuel, causal ou un mélange des trois » : *R. c. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376, par. 45. Un lien qui est simplement « éloigné » ou « ténu » ne sera pas suffisant : *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463, par. 40; *Plaha*, par. 45. [par. 21]

[216] La confession initiale de M. Sinclair au sergent Skrine a eu des répercussions d'une grande portée. Selon nous, la déclaration de M. Sinclair à l'agent d'infiltration tout comme sa participation à la reconstitution se trouvaient inextricablement liées à sa confession initiale. En fait, M. Sinclair a confirmé ce lien lorsqu'il a dit à son « compagnon de cellule » avant d'avouer le meurtre : [TRADUCTION] « Ils m'ont eu. Ils ont le corps, les draps, le sang, les fibres du tapis, des témoins. Je vais être en taule pour longtemps, mais je suis soulagé. »

[217] Nous concluons donc que tant la confession subséquente que la reconstitution ont elles aussi été obtenues en violation de l'al. 10*b*).

B. *La réparation : le par. 24(2) de la Charte*

[218] Enfin, après avoir constaté une violation de la *Charte*, il nous faut maintenant aborder la question de la réparation. L'appelant demande que les

of the breach be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter.*

[219] The test for exclusion of evidence under s. 24(2) was recently refined and restated in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, and *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494. As the Court explained, when determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, three factors must be weighed:

(1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct;

(2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and

(3) society's interest in the adjudication of the case on its merits.

[220] First, we note the type of evidence at issue — an incriminatory statement obtained in breach of the *Charter.* As the Court held in *Grant*, although there is no blanket rule for *Charter*-infringing statements, the admission of such evidence tends to bring the administration of justice into disrepute (paras. 90-92). Nevertheless, even in the context of incriminatory statements, all three factors must be examined.

[221] Bearing that in mind, we turn first to the seriousness of the state conduct. We believe that the violation of Mr. Sinclair's constitutionally guaranteed right to counsel was significant, and not merely a technical breach. However, we recognize that Sgt. Skrine was acting in good faith, in accordance with the law as he (and other courts, for that matter) understood it. At trial, he was candid about his understanding of the law:

. . . without inquiring further to determine whether or not he was confused about the advice he received, or if I got that feeling through his conversation, or if we had

éléments de preuve obtenus par suite de cette violation soient écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[219] Le test applicable en matière d'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) a récemment été explicité et reformulé dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, et *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494. Comme la Cour l'a expliqué, trois facteurs doivent être pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice :

(1) la gravité de la conduite de l'État portant atteinte à la *Charte*;

(2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*;

(3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond.

[220] Tout d'abord, nous rappelons le type de preuve dont il est question — une déclaration incriminante obtenue en violation de la *Charte*. Comme l'a conclu la Cour dans *Grant*, même s'il n'existe pas de règle générale à l'égard des déclarations obtenues en violation de la *Charte*, l'utilisation de tels éléments de preuve tend à déconsidérer l'administration de la justice (par. 90-92). Cependant, même dans le contexte d'une déclaration incriminante, les trois facteurs doivent être examinés.

[221] En gardant ces principes à l'esprit, nous abordons tout d'abord la question de la gravité de la conduite de l'État. À notre avis, la violation du droit à l'assistance d'un avocat qui est garanti par la Constitution à M. Sinclair est sérieuse et ne représente pas une simple violation technique. Nous reconnaissons cependant que le sergent Skrine a agi de bonne foi, en conformité avec le droit tel que lui-même (comme du reste d'autres tribunaux) le comprenait. Au procès, il a exposé franchement sa compréhension du droit :

[TRADUCTION] . . . sans chercher davantage à déterminer s'il y avait ou non confusion dans son esprit au sujet des conseils qu'il avait reçus, ou si j'avais eu ce sentiment au

some sort of change in jeopardy as we talked through here, I wouldn't have necessarily automatically provided that phone call. I believed that we had met his rights. We had met our obligation at this time. [A.R., at p. 337]

cours de la conversation, ou s'il y avait eu un changement quelconque du risque, comme nous en avons parlé ici, je n'aurais pas nécessairement permis automatiquement cet appel téléphonique. Je pensais que nous avions respecté ses droits. Nous avions rempli notre obligation à ce moment-là. [d.a., p. 337]

[222] Sgt. Skrine's view of the law was not unjustified, given the undeveloped jurisprudence in this area. His denial of Mr. Sinclair's request for counsel was not malicious or otherwise motivated by bad faith.

[222] L'idée que le sergent Skrine se faisait du droit n'était pas injustifiée, en raison de la pauvreté de la jurisprudence dans ce domaine. Le refus de la demande de M. Sinclair de consulter son avocat ne relevait pas de la malveillance ni de la mauvaise foi.

[223] The second factor, however, strongly militates in favour of exclusion of the incriminating statements. It is almost impossible to imagine a case where a *Charter* breach *would have a greater impact* on the protected interests of an individual. At a time when his freedom hung in the balance, Mr. Sinclair was denied access to the legal counsel that he desperately required.

[223] Le deuxième facteur, en revanche, milite fortement en faveur de l'exclusion des déclarations incriminantes. Il est presque impossible d'imaginer un cas où une violation de la *Charte aurait une incidence plus grande* sur les droits protégés d'une personne. À un moment où sa liberté était en jeu, M. Sinclair s'est vu refuser l'accès à l'assistance d'un avocat dont il avait désespérément besoin.

[224] As a direct result of this unconstitutional deprivation, Mr. Sinclair relented in the face of unrelenting questioning and incriminated himself. Had he been provided with an opportunity to consult counsel, the outcome would likely have been very different. The impact of the breach, therefore, struck at the core of our most cherished legal protections: the right to silence and the protection against self-incrimination.

[224] Cette privation inconstitutionnelle d'un droit a eu pour résultat direct de faire fléchir M. Sinclair face à des questions incessantes et de l'amener à s'incriminer. Si on lui avait donné la possibilité de consulter son avocat, l'issue aurait sans doute été bien différente. L'incidence de la violation a donc porté atteinte au cœur même des protections juridiques auxquelles nous attachons le plus grand prix : le droit de garder le silence et la protection contre l'auto-incrimination.

[225] Finally, we consider society's interest in the adjudication of the case on its merits. The offence at issue here — murder — is of the utmost severity. So too, however, is the right being protected. While society has an interest in the adjudication of a case on its merits, sometimes, as is the case here, that interest will be outweighed by the protection of the most fundamental rights in the criminal justice system. The right to counsel guarantees and safeguards the effective exercise of the legal rights that ensure the fairness of our criminal process.

[225] Enfin, nous prenons en considération l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. D'une part, l'infraction dont il est question en l'espèce — le meurtre — est d'une gravité extrême. Mais, d'autre part, le droit qui est protégé revêt une importance capitale. Malgré l'intérêt de la société à ce qu'une affaire soit jugée au fond, il arrive, comme c'est le cas en l'espèce, que cet intérêt doive céder le pas à la protection des droits les plus fondamentaux dans le système de justice criminelle. Le droit à l'assistance d'un avocat garantit et protège l'exercice effectif des droits sur lesquels repose l'équité de notre processus pénal.

[226] Accordingly, we would exclude the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

V. Conclusion

[227] For all of these reasons, we would allow the appeal, set aside the appellant's conviction and order a new trial.

Appeal dismissed, BINNIE, LEBEL, FISH *and* ABELLA JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck & Greene, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

[226] Par conséquent, nous sommes d'avis d'écarter les éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

V. Conclusion

[227] Pour tous ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE, LEBEL, FISH *et* ABELLA *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck & Greene, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.