

T-2805-83

T-2805-83

**Arnold Harper Crossman (Plaintiff)**

v.

**The Queen (Defendant)**

Trial Division, Walsh J.—Vancouver, April 10 and 13, 1984.

*Crown — Torts — Denial of prisoner's Charter right to retain and instruct counsel without delay — Crown liable for tort committed by policeman when interview commenced although aware of imminent arrival of counsel and latter denied access to client until interview over — Action allowed, punitive damages awarded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 10(b), 24(1),(2) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 235, 237 — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38 — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Action for damages for denial of prisoner's right to retain and instruct counsel without delay — Police commencing interview although aware counsel to arrive shortly and refusing counsel access to client while interview in progress — No actual damages suffered by plaintiff as no statement obtained and guilty plea entered — Right to have counsel present during interview — Action allowed, punitive damages awarded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 10(b), 24(1),(2) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 235, 237 — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38 — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III.*

While in custody at a R.C.M.P. Detachment following his arrest, the plaintiff telephoned his counsel and requested his presence. Counsel talked to the investigating officer and told him he would be there in a few minutes. The officer and others then proceeded to interview the plaintiff without waiting counsel's arrival. When the lawyer arrived a short while later and requested to see his client, the officer told him that he could not see him until the interview was over. No statement was obtained from the plaintiff. He eventually pleaded guilty to the charge for which he was arrested and was sentenced to three months' imprisonment and probation for eighteen months. The plaintiff now sues for damages under provisions 10(b) and 24(1) of the Charter for denial of his right to retain and instruct counsel without delay.

*Held*, the action should be allowed and the plaintiff awarded \$500 as punitive damages.

**Arnold Harper Crossman (demandeur)**

c.

**<sup>a</sup> La Reine (défenderesse)**

Division de première instance, juge Walsh—Vancouver, 10 et 13 avril 1984.

*b Couronne — Responsabilité délictuelle — Le prévenu aurait été privé de l'exercice de son droit prévu dans la Charte d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat — La responsabilité délictuelle de la Couronne découle du fait que le policier a commencé l'interrogatoire même s'il savait que l'arrivée de l'avocat était imminente et que par la suite il ne lui a pas permis de voir son client avant la fin de l'interrogatoire — Action accueillie, dommages-intérêts punitifs accordés — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 10b), 24(1),(2) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235, 237 — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, chap. C-38 — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III.*

*e Droit constitutionnel — Charte des droits — Action en dommages-intérêts pour privation du droit d'un prévenu d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat — La police a commencé à interroger le prévenu tout en sachant que l'avocat arriverait sous peu et a refusé à ce dernier le droit de voir son client pendant que l'interrogatoire était en cours — Le demandeur n'a subi aucun préjudice réel puisqu'on n'a obtenu aucune déclaration et qu'il a plaidé coupable — Droit à la présence d'un avocat au cours d'un interrogatoire — Action accueillie, dommages-intérêts punitifs accordés — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 10b), 24(1),(2) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235, 237 — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, chap. C-38 — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III.*

Pendant qu'il était sous garde à un poste de la Gendarmerie royale du Canada, le demandeur a téléphoné à son avocat et lui a demandé de se rendre au poste. L'avocat s'est ensuite entretenu avec l'enquêteur et l'a informé qu'il serait au poste dans quelques minutes. L'agent et d'autres policiers ont alors commencé l'interrogatoire du demandeur sans attendre l'arrivée de l'avocat. Lorsque celui-ci est arrivé un peu plus tard et a demandé à voir son client, l'agent lui a répondu qu'il ne pourrait voir son client que lorsque l'interrogatoire serait terminé. Le demandeur n'a fait aucune déclaration. Il a finalement plaidé coupable à l'accusation pour laquelle il avait été arrêté et a été condamné à trois mois d'emprisonnement et une probation de dix-huit mois. Le demandeur réclame maintenant des dommages-intérêts en vertu de l'alinéa 10b) et du paragraphe 24(1) de la Charte parce qu'il a été privé de l'exercice de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

*Jugement*: l'action est accueillie, le demandeur reçoit les dommages-intérêts punitifs de 500 \$.

While the plaintiff suffered no actual damages as a result of the interview, he is entitled to punitive damages for infringement of his right to retain and instruct counsel without delay, which included, in the circumstances of this case, the right to have his counsel present during the interview.

On the matter of the assertion of his rights, first, the plaintiff cannot be presumed to have waived his right by consenting to the interview. Second, while it may be true that the right to retain and instruct counsel without delay can only be invoked by the prisoner himself, once counsel has been retained, he is entitled to invoke on behalf of his client the right not to be questioned in the absence of counsel. The defendant cannot rely on a strict interpretation of paragraph 10(b) to defeat plaintiff's rights as the clear intent of the Charter is to protect a prisoner from unfair harassment. The officer clearly committed a tort against the plaintiff in commencing the interview without awaiting the arrival of counsel and in refusing counsel access to his client until the interview was completed, this refusal being a clear infringement of the plaintiff's civil rights.

The circumstances in which the interview took place would bring the administration of justice into disrepute and justified the awarding of damages sufficiently punitive as to act as a deterrent. However, the fact that the plaintiff eventually pleaded guilty and that the present case deals with a question which has not been directly decided before and is not specifically spelled out in the Charter must be considered in mitigation of damages.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Regina v. Rowbottom* (1982), 18 M.V.R. 202; 2 C.R.R. 254 (Nfld. Prov. Ct.); *Manninen v. The Queen*, judgment dated November 28, 1983, Ontario Court of Appeal, not yet reported; *Hogan v. Her Majesty the Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *R. v. Shields*, judgment dated May 10, 1983, Borins J., County Court, Ontario, not yet reported; *Paragon Properties Limited v. Magna Investments Ltd.*, [1972] 3 W.W.R. 106; 24 D.L.R. (3d) 156 (Alta. S.C. App. Div.); *Kingsmith v. Denton* (1977), 3 A.R. 315 (Alta. S.C.T.D.); *Rookes v. Barnard, et al.*, [1964] 2 W.L.R. 269 (H.L.); *Regina v. Esau* (1983), 20 Man. R. (2d) 230; 147 D.L.R. (3d) 561; 4 C.R.R. 144 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Regina v. Vermette* (No. 4) (1982), 1 C.C.C. (3d) 477 (Que. S.C.); *Re Ritter et al. and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 170 (B.C.S.C.).

##### CONSIDERED:

*Regina v. Bond* (1973), 14 C.C.C. (2d) 497; 24 C.R.N.S. 273; 6 N.S.R. (2d) 512 (N.S.C.A.); *Brownridge v. Her Majesty The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *Regina v. Settee* (1974), 22 C.C.C. (2d) 193 (Sask. C.A.); *Her Majesty the Queen v. Rodney James Ross, et al.*, judgment dated February 23, 1984, I. A. Vannini J., District Court, Algoma, Ontario, not yet reported.

Bien que le demandeur n'ait apparemment subi aucun préjudice réel en conséquence de cet interrogatoire, il a droit à des dommages-intérêts punitifs pour violation de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, ce qui comprend, dans les circonstances de la présente affaire, le droit à la présence de son avocat au cours de l'interrogatoire.

Sur la question de la revendication des droits du demandeur, premièrement, on ne peut présumer qu'il a renoncé à son droit en consentant à l'interrogatoire. Deuxièmement, même s'il se peut fort bien que le droit de demander d'avoir recours à l'assistance d'un avocat sans délai soit un droit qui ne peut être invoqué que par le prisonnier lui-même, une fois que les services d'un avocat ont été retenus, celui-ci a alors le droit d'invoquer au nom de son client le droit de ne pas être interrogé en l'absence de son avocat. La défenderesse ne peut s'appuyer sur une interprétation restrictive de l'alinéa 10b) pour frustrer le demandeur de ses droits puisque l'objet même de la Charte est de protéger un prisonnier contre un harcèlement injuste. L'agent a manifestement commis une faute envers le demandeur en commençant à l'interroger sans attendre l'arrivée imminente de son avocat et en refusant à l'avocat de voir son client avant que l'interrogatoire ne soit terminé, ceci en violation flagrante des droits civils du demandeur.

Les circonstances dans lesquelles l'interrogatoire a eu lieu sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice et justifient l'octroi de dommages-intérêts avec un caractère punitif assez fort pour avoir un effet dissuasif. Toutefois, le demandeur a finalement plaidé coupable et la présente espèce se rapporte à une question qui ne paraît pas avoir été directement tranchée auparavant et qui n'est pas précisément prévue dans la Charte: ce sont là des considérations dont il faut en tenir compte pour réduire le montant des dommages-intérêts.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Regina v. Rowbottom* (1982), 18 M.V.R. 202; 2 C.R.R. 254 (C.P. Terre-Neuve); *Manninen v. The Queen*, jugement en date du 28 novembre 1983, Cour d'appel de l'Ontario, encore inédit; *Hogan c. Sa Majesté La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *R. v. Shields*, jugement en date du 10 mai 1983, juge Borins, Cour de comté (Ontario), encore inédit; *Paragon Properties Limited v. Magna Investments Ltd.*, [1972] 3 W.W.R. 106; 24 D.L.R. (3d) 156 (C.S. Alb. Div. d'appel); *Kingsmith v. Denton* (1977), 3 A.R. 315 (C.S. Alb. Div. de 1<sup>re</sup> inst.); *Rookes v. Barnard, et al.*, [1964] 2 W.L.R. 269 (H.L.); *Regina v. Esau* (1983), 20 Man. R. (2d) 230; 147 D.L.R. (3d) 561; 4 C.R.R. 144 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Regina v. Vermette* (No. 4) (1982), 1 C.C.C. (3d) 477 (C.S. Qc); *Re Ritter et al. and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 170 (C.S.C.-B.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Regina v. Bond* (1973), 14 C.C.C. (2d) 497; 24 C.R.N.S. 273; 6 N.S.R. (2d) 512 (C.A.N.-É.); *Brownridge c. Sa Majesté la Reine*, [1972] R.C.S. 926; *Regina v. Settee* (1974), 22 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Sask.); *Her Majesty the Queen v. Rodney James Ross, et al.*, jugement en date du 23 février 1984, juge I. A. Vannini, Cour de district, Algoma (Ontario), encore inédit.

## COUNSEL:

*Dennis N. Claxton* for plaintiff.  
*Mary Humphries* for defendant.

## SOLICITORS:

*Cable, Veale, Cocso, Morris & Claxton,*  
 Whitehorse, Yukon, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for  
 defendant.

*The following are the reasons for judgment  
 rendered in English by*

WALSH J.: This action was heard on an agreed  
 statement of facts reading as follows:

1. On 25 October, 1983 at approximately 10.00 a.m. the Plaintiff was arrested without warrant in the City of Whitehorse, Yukon Territory by members of the Royal Canadian Mounted Police.
2. At approximately 11.40 a.m. on the same day while in custody at the Royal Canadian Mounted Police Detachment, the Plaintiff contacted his counsel by telephone and requested that his counsel attend at the Royal Canadian Mounted Police Detachment so that he might receive legal advice and instruct his counsel.
3. The Plaintiff's counsel also had a conversation with the investigating officer, Constable Jacklin, at this time and advised Constable Jacklin that he would be at the Detachment in a few minutes to see the Plaintiff.
4. At approximately 12.03 p.m. on the same day the Plaintiff's counsel arrived at the Royal Canadian Mounted Police Detachment and requested to see the Plaintiff.
5. At approximately 12.15 p.m. on the same day the Plaintiff's counsel was advised by Constable Jacklin that the Plaintiff was being interviewed by them and was not available to talk to his counsel and that his legal counsel would not be permitted to see the Plaintiff until their interview was completed.
6. At approximately 1.03 p.m. on the same day the Plaintiff's counsel received a telephone communication from Constable Jacklin advising that the Plaintiff was now available for interview.
7. No statements were obtained from the Plaintiff during the interview or at any other time.
8. On the 15th December, 1983 the Plaintiff entered a guilty plea to a charge under Section 245.3 of the Criminal Code and was sentenced to three months imprisonment and probation for eighteen months.

In his action for damages and costs the plaintiff claims that he was denied by the defendant his right to retain and instruct counsel without delay, relying on paragraph 10(b) and subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*,

## AVOCATS:

*Dennis N. Claxton* pour le demandeur.  
*Mary Humphries* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*Cable, Veale, Cocso, Morris & Claxton,*  
 Whitehorse (Yukon) pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la  
 défenderesse.

*Ce qui suit est la version française des motifs  
 du jugement rendus par*

LE JUGE WALSH: La présente action a été  
 entendue sur l'exposé conjoint des faits suivant:

- [TRADUCTION] 1. Vers 10 h le 25 octobre 1983, le demandeur a été arrêté sans mandat dans la ville de Whitehorse (territoire du Yukon) par des membres de la Gendarmerie royale du Canada.
2. Vers 11 h 40 le même jour, alors qu'il était sous garde au poste du détachement de la Gendarmerie royale du Canada, le demandeur a téléphoné à son avocat et lui a demandé de se rendre au poste du détachement de la Gendarmerie royale du Canada pour le consulter et obtenir son aide.
  3. À ce moment-là, l'avocat du demandeur s'est également entretenu avec l'enquêteur, l'agent Jacklin, et l'a informé qu'il serait au poste dans quelques minutes pour voir le demandeur.
  4. Vers 12 h 03 le même jour, l'avocat du demandeur est arrivé au poste de la Gendarmerie royale du Canada et a demandé à voir le demandeur.
  5. Vers 12 h 15 le même jour, l'agent Jacklin a dit à l'avocat du demandeur que les policiers étaient en train d'interroger le demandeur et que celui-ci ne pouvait lui parler et qu'il ne pourrait voir le demandeur que lorsque l'interrogatoire serait terminé.
  6. Vers 13 h 03 le même jour, l'avocat du demandeur a reçu un appel téléphonique de l'agent Jacklin l'informant qu'il pouvait maintenant voir le demandeur.
  7. Le demandeur n'a fait aucune déclaration au cours de l'interrogatoire ni à aucun autre moment.
  8. Le 15 décembre 1983, le demandeur a plaidé coupable à une accusation en vertu de l'article 245.3 du Code criminel et a été condamné à trois mois d'emprisonnement et une probation de dix-huit mois.

Dans son action en dommages-intérêts et pour les frais et dépens, le demandeur fait valoir qu'il a été privé par la défenderesse de l'exercice de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, et il s'appuie sur l'alinéa 10b) et le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des*

Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), which read respectively as follows:

10. Everyone has the right on arrest or detention

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

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

While both parties referred extensively to jurisprudence and authorities, the decided cases deal mainly with refusal of the right to retain and instruct counsel or failure to inform the prisoner of that right, rather than with the precise point in issue here of commencing the questioning of the prisoner without awaiting the arrival of his counsel even though the police are aware that he is on his way and that his arrival will involve no undue delay. Most of the jurisprudence on the issue involved has been the admissibility at a criminal trial of statements improperly obtained because of the prisoner not having been allowed to retain and instruct counsel without delay in not having been informed of his right to do so. In the present case no actual statement was taken as such but the prisoner was questioned in the absence of his counsel. Since he eventually pleaded guilty to the charge laid against him, there is no question of the introduction into evidence of any information obtained by the police as a result of his having been interviewed by them, so the question of whether he was properly warned or not before being so interviewed, and the distinction between an "interview" and the taking of a statement for subsequent use in the proceedings against him is not an issue. Moreover, he apparently suffered no actual damages as a result of this interview since in due course he pleaded guilty in any event, so the only damages which could be claimed are of an exemplary or punitive nature if it is found that the interview and the circumstances in which it took place in the absence of his lawyer was improper and constituted a tort committed by Constable David Jacklin in the course of his duties, engaging the responsibility of the Crown by virtue of the

*droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)], qui sont respectivement rédigés comme suit:

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

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

<sup>b</sup> 24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

<sup>c</sup> Bien que les parties aient largement invoqué la jurisprudence et la doctrine, les décisions portent principalement sur la privation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat ou sur l'omission d'informer le prévenu de ce droit, plutôt que sur le point précis en litige en l'espèce, soit d'avoir commencé l'interrogatoire du prévenu sans attendre l'arrivée de son avocat même si la police savait que ce dernier s'en venait et que son arrivée ne comporterait aucun retard excessif. La plus grande partie de la jurisprudence sur la question en litige porte sur la recevabilité, à un procès criminel, de déclarations irrégulièrement obtenues parce qu'on avait refusé au détenu de consulter un avocat sans délai et qu'on ne l'avait pas informé de son droit de le faire. En l'espèce, on n'a obtenu aucune déclaration, mais le prévenu a été interrogé hors de la présence de son avocat. Comme il a finalement plaidé coupable à l'accusation portée contre lui, il n'est pas question de la production en preuve de renseignements obtenus par la police à la suite de son interrogatoire, de sorte que la question de savoir s'il y a eu ou non mise en garde régulière avant l'interrogatoire et celle relative à la distinction entre un «interrogatoire» et l'obtention d'une déclaration qui doit être utilisée par la suite dans les procédures intentées contre lui ne sont pas en litige. De plus, le demandeur n'a apparemment subi aucun préjudice réel en conséquence de cet interrogatoire, puisque de toute façon il a plaidé coupable le moment venu. Ainsi le demandeur ne peut réclamer que des dommages exemplaires ou punitifs si la Cour conclut que l'interrogatoire et les circonstances dans lesquelles il s'est déroulé en l'absence de son avocat étaient irréguliers et constituaient un délit commis par l'agent David Jacklin

provisions of the *Crown Liability Act* [R.S.C. 1970, c. C-38].

At an early stage in the proceedings plaintiff discontinued his action against Constable Jacklin and the style of cause should therefore be amended accordingly, but this does not affect plaintiff's claim against Her Majesty the Queen.

On the question of liability one of the cases referred to by plaintiff was that of *Regina v. Rowbottom* (1982), 18 M.V.R. 202; 2 C.R.R. 254, decided in the Newfoundland Provincial Court on November 2, 1982, in which the judgment states [C.R.R. at page 261, M.V.R. at page 212]:

Although the accused did have a contact with one lawyer, he had not received any legal advice and his situation was known to the police. The decision of the police not to wait after only an hour had passed, to allow the accused to contact another lawyer, infringed the accused right to retain and instruct counsel.

The next paragraph of that judgment refers to the fact that the two-hour limit in sections 235 and 237 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] (the limit imposed for demanding a breath sample on suspicion of having committed an offence within two hours before the demand) had not run its course and, in the circumstances, further time should have been given to await a call from the counsel so the accused could have the benefit of meaningful contact with counsel.

In the *Manninen v. The Queen* case in the Ontario Court of Appeal, in a judgment dated November 28, 1983, the accused was read the warning including his right to counsel and then stated he would not say anything until he had seen his lawyer. The police then immediately commenced questioning him. It was not until six hours after his arrest that his lawyer communicated with him. On page 12 the judgment states:

On the appellant's claiming his right to remain silent and to see his lawyer under the circumstances recited, the constables should have offered him the use of the telephone so that he might exercise his right. If he had declined such an offer, different considerations might apply but those are not the facts of this case. His answers to the questions, when he could have

dans l'exercice de ses fonctions, délit engageant la responsabilité de la Couronne au sens des dispositions de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* [S.R.C. 1970, chap. C-38].

Au début des procédures le demandeur s'est désisté de son action contre l'agent Jacklin et l'intitulé de la cause devrait donc être modifié en conséquence, mais cela ne modifie en rien sa demande contre Sa Majesté la Reine.

Sur la question de la responsabilité, le demandeur a cité la décision *Regina v. Rowbottom* (1982), 18 M.V.R. 202; 2 C.R.R. 254, rendue par la Cour provinciale de Terre-Neuve le 2 novembre 1982 dans laquelle on déclare [C.R.R. à la page 261, M.V.R. à la page 212]:

[TRADUCTION] Même si le prévenu a effectivement pu communiquer avec un avocat, il n'a pas obtenu de conseils juridiques et sa situation était connue des policiers. La décision des policiers de ne pas attendre, bien que seulement une heure se soit écoulée, pour permettre à l'inculpé de communiquer avec un autre avocat a porté atteinte au droit de l'inculpé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Le paragraphe suivant de ce jugement mentionne le fait que la limite de deux heures prévue aux articles 235 et 237 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34] (la limite prévue pour demander un échantillon d'haleine si la personne est soupçonnée d'avoir commis une infraction dans les deux heures qui précèdent la sommation) n'avait pas pris fin et que, dans ces circonstances, un délai plus long aurait dû être accordé pour attendre l'appel téléphonique de l'avocat de sorte que l'inculpé aurait pu bénéficier d'une communication utile avec son avocat.

Dans l'arrêt *Manninen v. The Queen*, de la Cour d'appel de l'Ontario en date du 28 novembre 1983, on avait lu la mise en garde à l'inculpé, y compris son droit aux services d'un avocat, et l'inculpé avait déclaré qu'il ne dirait rien tant qu'il n'aurait pas vu son avocat. La police avait alors immédiatement commencé à l'interroger. Ce n'est que six heures après son arrestation que son avocat a communiqué avec lui. Le jugement énonce à la page 12:

[TRADUCTION] Lorsque l'appellant a fait valoir son droit de ne rien dire et de voir son avocat dans les circonstances relatées, les agents auraient dû lui offrir d'utiliser le téléphone pour lui permettre d'exercer ce droit. S'il avait rejeté cette offre, d'autres considérations pourraient s'appliquer, mais tel n'est pas le cas en l'espèce. Ses réponses aux questions, alors qu'il aurait pu

remained silent, were not in any sense, in my view, a waiver of his right to consult his lawyer without delay and it is not seriously argued that he, by his conduct, had waived his rights.

At page 13 in reference to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* the judgment states:

This basic right to counsel, as part of the supreme law of Canada, must be taken seriously by law enforcement officers and facilitated "without delay" always having regard to the circumstances of the particular case.

While this was a case dealing with the commencement of questioning before the accused had been given an opportunity to telephone his lawyer, also at issue was the admissibility of the statement made as a result of the questioning. The comments on page 17 might well be applied to the somewhat different facts of the present case. That page stated:

The breach of the appellant's rights can only be described as wilful and deliberate. It was more than a mere blunder or technical transgression. Having carefully read the appellant his rights twice and heard him express his desire to exercise those rights, the police immediately proceeded to question him as if the reading and the exercise had never taken place. This conduct went beyond being "unfortunate, distasteful or inappropriate". (*R. v. Rothman* (1981), 59 C.C.C. (2d) at page 74). There was no quality of inadvertence or ignorance to the timing of the questions nor their content. As already stated, there was no suggestion of an emergency situation or urgency pressed upon us as justification for the asking of the questions and, in particular, for the form of the question which presumed the guilt of the appellant.

In the case of *Hogan v. Her Majesty the Queen*,<sup>1</sup> the majority judgment dismissed the appeal in a case where a breath sample test was taken in connection with an impaired driving charge after the accused had asked to see his lawyer before taking the test and being refused this right. The majority judgment makes it clear, however, that even if the evidence had been improperly or illegally obtained, there was no grounds for excluding it at common law and that whatever the constitutional impact of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III] it did not result in a finding that whenever there had been a breach of one of its provisions it would justify the adoption of the absolute exclusion rule. In a strong dissenting judgment Chief Justice

<sup>1</sup> [1975] 2 S.C.R. 574.

garder le silence, ne constituent nullement, à mon avis, une renonciation à son droit de consulter son avocat sans délai et on n'insiste pas sur le fait que, par sa conduite, il a renoncé à ses droits.

<sup>a</sup> Se référant à la *Charte canadienne des droits et libertés*, le juge déclare à la page 13:

[TRADUCTION] Ce droit fondamental à un avocat, inscrit dans la plus importante loi canadienne, doit être pris au sérieux par les agents chargés de l'application de la loi qui doivent en faciliter l'exercice «sans délai» en tenant toujours compte des circonstances particulières de l'espèce.

Bien qu'il s'agissait d'un cas où l'interrogatoire a commencé avant que le prévenu ait eu l'occasion de téléphoner à son avocat, il était également question de la recevabilité de la déclaration faite à la suite de l'interrogatoire. Les observations de la page 17 peuvent très bien s'appliquer aux faits quelque peu différents de la présente espèce. À cette page, on dit:

[TRADUCTION] La violation des droits de l'appellant ne peut être qualifiée que de volontaire et intentionnelle. Cela dépasse la simple bévue ou une faute technique. Après avoir soigneusement lu à deux reprises à l'appellant quels étaient ses droits et après l'avoir entendu exprimer son désir de les exercer, la police a immédiatement commencé son interrogatoire, comme si la lecture et l'exercice de ces droits n'avaient jamais eu lieu. Cette conduite est plus que «malheureuse, déplaisante ou inopportune». (*R. v. Rothman* (1981), 59 C.C.C. (2d) à la page 74.) Elle ne comporte aucun caractère d'inadvertance ou d'ignorance quant au moment de l'interrogatoire ni quant au contenu des questions. Comme je l'ai dit, jamais il n'a été question d'invoquer la nécessité ou l'urgence pour justifier l'interrogatoire et, notamment, sa formulation qui présuait l'appellant coupable.

<sup>g</sup> Dans l'arrêt *Hogan c. Sa Majesté La Reine*<sup>1</sup>, la Cour à la majorité a rejeté le pourvoi dans une affaire où on avait fait subir un test d'ivresse, relativement à une accusation de conduite avec facultés affaiblies, après que l'inculpé eut demandé à voir son avocat avant de subir le test et qu'on le lui eut refusé. La Cour à la majorité a exposé clairement, toutefois, que même si cette preuve avait été obtenue irrégulièrement ou illégalement, selon les règles de la *common law*, il n'y avait pas de motifs de l'écartier. Quelle que soit la portée constitutionnelle de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III], cela ne veut pas dire que chaque fois qu'il y a eu une violation des dispositions de cette Déclaration, elle justifie l'adoption de la règle de «l'exclusion absolue». Le

<sup>1</sup> [1975] 2 R.C.S. 574.

Laskin [then a puisne Judge] refers to the *Canadian Bill of Rights* as a "quasi-constitutional instrument". It is clear that the present *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a constitutional instrument. He goes on to say at pages 597-598:

It does not embody any sanctions for the enforcement of its terms, but it must be the function of the Courts to provide them in the light of the judicial view of the impact of that enactment.

At page 598 he adds:

We would not be justified in simply ignoring the breach of a declared fundamental right or in letting it go merely with words of reprobation. Moreover, so far as denial of access to counsel is concerned, I see no practical alternative to a rule of exclusion if any serious view at all is to be taken, as I think it should be, of this breach of the *Canadian Bill of Rights*.

This case, again, dealt with refusal of the right to consult counsel, but the facts were somewhat similar to those of the present case. At page 587, Justice Laskin (as he then was) states:

In this case, the accused was confronted by a police officer at about 1.35 a.m. and then asked to go to the police station, and they arrived there at 1.55 a.m., whereupon steps were taken to administer a breath test. The accused had asked his female companion to get in touch with his lawyer, and the latter had come immediately to the police station and the accused heard his voice in an adjoining room. The record is clear that he asked to see and consult with the lawyer but was categorically refused an opportunity to do so. The demand that he submit to a breath test was renewed and the accused submitted to it.

and at page 589 he states:

There is no suggestion here of any physical force in the ultimate submission of the accused without having had his right to counsel recognized, but I do not think that any distinction should be drawn in the establishment of principle according to whether an accused yields through fear or a feeling of helplessness or as a result of polite or firm importuning or aggressive badgering. I should note also that there was no contention of waiver by the accused of his right to counsel, assuming that would be an answer to an alleged breach of any of his rights as an individual under the *Canadian Bill of Rights*.

Defendant insists that the present case can be distinguished from those in which a prisoner was refused the right to retain or instruct counsel or that this right was not given to him promptly, in that, if he was questioned thereafter without his lawyer being present, there is nothing to indicate

juge en chef Laskin [alors juge puîné], dans une forte dissidence, renvoie à la *Déclaration canadienne des droits* comme à un «document quasi constitutionnel». Il est évident que l'actuelle *Charte canadienne des droits et libertés* est un document constitutionnel. Le juge Laskin a poursuivi en disant aux pages 597 et 598:

Elle ne prévoit aucune sanction pour l'application de ses dispositions, mais il appartient aux tribunaux d'y pourvoir à la lumière de l'opinion qu'ils se font de l'impact de cette loi.

À la page 598, il ajoute:

Nous ne serions pas fondés à simplement refuser de tenir compte de l'atteinte à un droit fondamental déclaré ou à laisser passer le fait en nous contentant de quelques mots de reproche. De plus, autant que le refus de permettre la consultation d'un avocat est concerné, je ne vois pas de solution de rechange pratique à une règle d'exclusion si l'on veut le moins prendre au sérieux, comme je crois qu'on devrait le faire, cette violation de la *Déclaration canadienne des droits*.

Cette affaire, je le répète, portait sur le refus d'accorder le droit de consulter un avocat, mais les faits étaient assez semblables à ceux en l'espèce. À la page 587, le juge Laskin (alors juge puîné) déclare:

En l'espèce présente, l'accusé a été interpellé par un agent de la paix à environ 1 h 35 du matin et celui-ci lui a demandé de l'accompagner à la station de police où ils sont arrivés à 1 h 55. On s'employa alors à faire le nécessaire pour qu'il puisse subir le test de l'ivressomètre. L'accusé ayant demandé à son amie de communiquer avec son avocat, et ce dernier s'étant immédiatement rendu au poste de police, l'accusé a entendu la voix de son avocat provenant d'une pièce adjacente. Le dossier indique clairement qu'il a demandé à voir l'avocat mais qu'on lui a catégoriquement refusé la possibilité de le faire. La sommation de se soumettre au test de l'haleine a été renouvelée et l'accusé s'y est conformé.

et, à la page 589, il dit:

Rien n'indique qu'il y ait eu violence physique en l'espèce avant que l'accusé ne se soumette finalement au test sans avoir pu faire reconnaître son droit de consulter un avocat, mais je ne pense pas qu'il y ait une distinction à faire dans les principes selon qu'un accusé se soumet par peur ou par sentiment d'impuissance, ou par suite de pressions polies ou fermes ou de harcèlement [sic] agressif. Je devrais aussi faire remarquer qu'on n'a pas prétendu que l'accusé avait renoncé à son droit de consulter un avocat, dans l'hypothèse que cela soit une réponse à une violation alléguée de l'un de ses droits individuels en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*.

La défenderesse affirme que la présente affaire se distingue de celles où on a refusé à un prisonnier le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat ou de lui accorder rapidement ce droit, en ce que, s'il a été interrogé ensuite sans que son avocat soit présent, rien n'indique qu'il s'y soit exposé. On a

that he objected to this. It was suggested that the lawyer would, or at least should, have told him to say nothing until he arrived but this is, of course, pure speculation. It would be equally possible to speculate that he merely engaged the lawyer to represent him who then told him that he would come right away to interview him. The lawyer also advised Constable Jacklin that he would be at the Detachment in a few minutes to see the plaintiff, as appears in paragraph 3 of the agreed statement of facts. It would also be improper to speculate as to Constable Jacklin's motives in immediately commencing questioning the prisoner without awaiting the arrival of the lawyer. Under the circumstances this certainly gives rise to some concern as to the propriety of his doing so.

Defendant's counsel also states that by consenting to the interview or not refusing to speak until his lawyer arrived, plaintiff waived his right. This is also an unjustifiable assumption, since as far as the agreed statement of facts is concerned, it is possible that he could have been forced to submit to the interview over his objections. All the agreed statement of facts states is that by 12:15 p.m. plaintiff was being interviewed by Constable Jacklin. While defendant infers that had this been done despite his objection it would have been stated in the agreed statement of facts, but it is questionable whether the absence of such a statement and the fact that he was in fact interviewed, justifies an assumption that he did so willingly without awaiting the arrival of his lawyer.

Even if one were to accept defendant's contention that no fault is involved in commencing the interview without awaiting the arrival of counsel, who arrived 23 minutes after the telephone call—certainly a very prompt arrival—Constable Jacklin then compounded the fault by advising plaintiff's counsel soon after his arrival that as plaintiff was being interviewed by then he was not available to talk to his counsel who would not be permitted to see him until the interview was completed, which was over three-quarters of an hour later. It is inconceivable that an accused's lawyer on arriving at the police station where the accused, his client, is being interviewed should be told that the inter-

supposé que l'avocat lui aurait dit, ou au moins aurait dû lui dire de ne rien dire avant qu'il arrive mais c'est là, évidemment, une simple conjecture. On pourrait tout aussi bien supposer qu'il a simplement retenu les services de l'avocat pour le représenter et que ce dernier lui a dit qu'il viendrait immédiatement s'entretenir avec lui. L'avocat a également informé l'agent Jacklin de son arrivée au poste du détachement dans quelques minutes pour voir le demandeur, comme l'indique le paragraphe 3 de l'exposé conjoint des faits. Il serait tout aussi inopportun de présumer des motifs de l'agent Jacklin pour commencer immédiatement l'interrogatoire du prisonnier sans attendre l'arrivée de son avocat. Dans les circonstances on peut assurément s'interroger quant à l'à-propos de ses actes.

L'avocat de la défenderesse déclare également qu'en consentant à l'interrogatoire ou en ne refusant pas de répondre avant l'arrivée de son avocat, le demandeur a renoncé à son droit. Cette affirmation est également injustifiable, puisque, si l'on se rapporte à l'exposé conjoint des faits, il est possible que le demandeur ait été forcé de se soumettre à l'interrogatoire malgré ses objections. Tout ce que l'exposé conjoint des faits relate, c'est que vers 12 h 15 le demandeur a été interrogé par l'agent Jacklin. Bien que la défenderesse suppose que, si cela avait été fait en dépit des objections du demandeur, l'exposé conjoint des faits le mentionnerait, il n'est pas sûr que l'absence d'un tel énoncé et le fait que le demandeur ait réellement été interrogé justifient de supposer qu'il ait répondu volontairement sans attendre l'arrivée de son avocat.

Même si l'on accepte la prétention de la défenderesse qu'il n'y a pas eu de faute à commencer l'interrogatoire sans attendre l'arrivée de l'avocat 23 minutes après l'appel téléphonique, assurément une venue rapide, l'agent Jacklin a aggravé l'affaire en disant à l'avocat du demandeur, peu après son arrivée, que comme l'interrogatoire du demandeur était en cours il ne pouvait parler à son avocat qui ne pourrait le voir avant la fin de l'interrogatoire, c'est-à-dire trois quarts d'heure plus tard. Il est inconcevable que l'avocat d'un inculpé qui arrive au poste de police où l'inculpé, son client, est interrogé se fasse dire que l'interrogatoire ne peut être interrompu et qu'il ne peut voir son client



view cannot be interrupted and that he cannot see his client until the interview is completed. This is completely unacceptable, and in my view, a clear infringement of plaintiff's civil rights.

Defendant's counsel raises the argument that the rights given in paragraph 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* make no reference to the right to have counsel present when the prisoner is being interviewed. This might well be the case if a long delay were involved as for example when the prisoner, having been permitted to communicate with his lawyer, finds that the lawyer is out of town or otherwise will not be available for a considerable length of time. Each case must be decided on its own facts, but I believe that the spirit of the Charter, if not the letter of it, would indicate that it is not sufficient merely to permit the prisoner to phone counsel and then commence questioning immediately the telephone call is completed, even though the questioning officer has been told by counsel that he is coming to the police station right away to see his client and, in fact, does so.

The defendant also contends that the right of the accused to be interviewed can only be invoked by the prisoner himself, and as already indicated, infers from the fact that he was interviewed that he made no objection to this. It may well be true that the right to request permission to retain and instruct counsel is one that can only be invoked by the prisoner himself, but once counsel has been retained, as he was in this case, then counsel is, as always, entitled to speak on behalf of his client and he would certainly be justified in invoking on his behalf the right not to be questioned in the absence of his counsel. Even if this could not be inferred from the telephone discussion of counsel with Constable Jacklin advising him that he was on his way, he was certainly entitled on behalf of his client to insist on the client's right to have him present during the rest of the interview from the moment he arrived at the police station, but this right, which is the right of the client, was categorically refused by the police officer.

Defendant, in support of her position, also invoked considerable jurisprudence. Reference was made to the Nova Scotia Court of Appeal case of *Regina v. Bond* (1973), 14 C.C.C. (2d) 497; 24 C.R.N.S. 273; 6 N.S.R. (2d) 512, again a case

avant que l'interrogatoire soit terminé. Cela est totalement inacceptable et, à mon avis, constitue une violation flagrante des droits civils du demandeur.

<sup>a</sup> L'avocat de la défenderesse prétend que les droits garantis par l'alinéa 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne mentionnent pas le droit à la présence d'un avocat lors de l'interrogatoire du prisonnier. Cette affirmation serait vraie dans le cas où un long retard en résulterait, par exemple lorsque le prisonnier, à qui l'on permet de communiquer avec son avocat, constate que ce dernier est à l'extérieur de la ville, ou ne pourra autrement être disponible avant une longue période de temps. Chaque cas doit être tranché selon les faits qui lui sont propres, mais je crois que l'esprit de la Charte, sinon la lettre, indique qu'il n'est pas suffisant de permettre simplement au prévenu de téléphoner à un avocat et ensuite de commencer immédiatement après à l'interroger, même si l'avocat a dit à l'enquêteur qu'il se rend immédiatement au poste de police pour voir son client et, qu'en fait, il le fait.

<sup>e</sup> La défenderesse prétend également que le droit de l'inculpé à être interrogé ne peut être invoqué que par le prisonnier lui-même et, comme je l'ai déjà dit, elle déduit du fait qu'il a été interrogé qu'il ne s'y est pas opposé. Il se peut fort bien que le droit de demander la permission d'avoir recours à l'assistance d'un avocat soit un droit qui ne peut être invoqué que par le prisonnier lui-même, mais une fois que les services d'un avocat ont été retenus, comme en l'espèce, l'avocat a alors, comme toujours, le droit de parler au nom de son client et il est certainement justifié d'invoquer en son nom le droit de ne pas être interrogé en l'absence de son avocat. Même si l'on ne peut déduire cela de la conversation téléphonique de l'avocat avec l'agent Jacklin l'informant qu'il se mettait en route, l'avocat avait certainement le droit d'insister, au nom de son client, pour assister au reste de l'interrogatoire dès son arrivée au poste de police, mais ce droit, qui est le droit du client, lui a été catégoriquement nié par l'agent de police.

À l'appui de ses prétentions, la défenderesse invoque également une jurisprudence volumineuse. Elle cite l'arrêt *Regina v. Bond* (1973), 14 C.C.C. (2d) 497; 24 C.R.N.S. 273; 6 N.S.R. (2d) 512, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, une autre

involving refusal to take a breathalyser test, which has to be taken within two hours. The accused called one lawyer who refused to represent him and he was then permitted to call another lawyer who resided at a place some twenty-five to twenty-eight miles distant. The prisoner was advised by the constable that he could not wait for the arrival of his lawyer and also told the lawyer that they would not wait for him to arrive. After a further discussion with the second lawyer, the prisoner refused to take the test. This again was a case under the former *Canadian Bill of Rights*. Reference was made in it to the judgment of the Supreme Court of Canada in the case of *Brownridge v. Her Majesty The Queen*.<sup>2</sup> In this case the majority judgment rendered by Laskin J. at page 953 states:

I am content to say for the purposes of this case that the accused's right under s. 2(c)(ii) would have been sufficiently recognized if, having been permitted to telephone, he had reached his counsel and had spoken with him over the telephone. I would not construe the right given by s. 2(c)(ii), when invoked by an accused upon whom a demand is made under s. 223(1), as entitling him to insist on the personal attendance of his counsel if he can reach him by telephone. I refrain from enlarging on the matters mentioned in this paragraph of my reasons because it is better that this be done when particular cases call for it.

The *Brownridge* case was discussed at length by the late Chief Justice Laskin in his dissenting judgment in the *Hogan* case (*supra*) in which he stated at page 589:

The question that arises, therefore, is whether the vindication of this right should depend only on the fortitude or resoluteness of an accused so as to give rise to a *Brownridge* situation, or whether there is not also an available sanction of a ruling of inadmissibility where the police authorities are able to overcome an accused's resistance to a breathalyzer test without prior access to counsel. Nothing short of this would give reasonable assurance of respect of an individual's right to counsel by police authorities whose duty to enforce the law goes hand in hand with a duty to obey it.

In the case of *Regina v. Settee*, Saskatchewan Court of Appeal,<sup>3</sup> the headnote reads in part:

The accused retained counsel who told the police that the accused was not to be interviewed if he was not present. The request was not acceded to, the police maintaining that though he could give whatever instruction he wished to the accused they must continue their investigation whether he was present

<sup>2</sup> [1972] S.C.R. 926.

<sup>3</sup> (1974), 22 C.C.C. (2d) 193 (Sask. C.A.).

affaire portant sur le refus de subir le test de l'ivressomètre, qui doit être administré dans un délai de deux heures. L'inculpé a appelé un avocat qui a refusé de le représenter et on lui alors permis d'appeler un autre avocat qui habitait à environ vingt-cinq ou vingt-huit milles de l'endroit. L'agent a informé le prisonnier qu'il ne pouvait attendre l'arrivée de son avocat et le prisonnier en a informé son avocat. Après avoir reparlé à son deuxième avocat, le prisonnier a refusé de subir le test. Il s'agissait encore là d'une affaire en vertu de l'ancienne *Déclaration canadienne des droits*. On y mentionne l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Brownridge c. Sa Majesté la Reine*<sup>2</sup>. Dans cette affaire, le jugement de la Cour à la majorité rendu par le juge Laskin statue à la page 953:

Aux fins de la présente cause, je suis prêt à dire que le droit de l'accusé en vertu de l'art. 2(c)(ii) aurait été reconnu d'une façon suffisante si, ayant été autorisé à téléphoner, il avait rejoint son avocat et lui avait parlé au téléphone. Je n'interpréterais pas le droit conféré à l'art. 2(c)(ii), lorsqu'il est invoqué par un accusé auquel une sommation a été faite en vertu de l'art. 223(1), comme lui permettant d'insister pour que son avocat soit présent s'il peut rejoindre celui-ci par téléphone. Je m'abstiens de m'étendre davantage sur les questions mentionnées dans le présent alinéa de mes motifs parce qu'il est préférable d'attendre, pour le faire, qu'une affaire particulière les mette en jeu.

L'arrêt *Brownridge* a été examiné en profondeur par feu le juge en chef Laskin dans ses motifs de dissidence dans l'affaire *Hogan* (précitée) dans laquelle il a dit à la page 589:

La question qui se pose, par conséquent, est la suivante: pour que ce droit triomphe, faut-il s'en remettre à la seule force de caractère ou fermeté d'un accusé de sorte que la situation soit celle de l'affaire *Brownridge*, ou n'y a-t-il pas aussi une sanction disponible, savoir, conclure à l'irrecevabilité de la preuve lorsque les autorités policières réussissent à vaincre la résistance que l'accusé oppose en disant qu'il veut consulter d'abord un avocat. Rien de moins ne saurait suffisamment garantir le respect du droit de l'individu à l'avocat par les autorités policières dont l'obligation d'appliquer la loi va de pair avec celle d'y obéir.

Dans l'arrêt *Regina v. Settee* de la Cour d'appel de la Saskatchewan<sup>3</sup>, le sommaire indique notamment:

[TRADUCTION] Le prévenu a retenu les services d'un avocat qui a dit à la police que son client ne devait pas être interrogé hors de sa présence. Les policiers ont passé outre en prétendant que même s'il pouvait donner toutes les directives qu'il voulait à son client, ils devaient continuer leur enquête qu'il soit présent ou

<sup>2</sup> [1972] R.C.S. 926.

<sup>3</sup> (1974), 22 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Sask.).

or not. During the subsequent interviews when the lawyer was not present, the police kept reviewing for him the evidence incriminating the accused. The day the inculpatory statement was given the accused was told by the investigating officer that it was the last day he could say anything, that he was to be taken from the police station cells that day. Later that day the officer returned and asked the accused if he wanted "to talk business" whereupon the accused admitted the killing. He was then cautioned and gave a full statement. The accused was cautioned prior to every interview and at one point when he said he would not say anything before seeing his lawyer he was merely returned to his cell.

That case again turned on the admissibility of the statement and the Court of Appeal held that the Trial Judge's decision to admit it could not be interfered with on appeal as there was nothing to indicate that he had failed to take advantage of his opportunity to hear the witnesses or that he failed to consider the proper rule. The *Canadian Bill of Rights* in effect at that time was not in issue.

In the case of *R. v. Shields*, an unreported judgment in Ontario dated May 10, 1983, Borins J. [County Court] stated at page 12:

Without attempting to establish a precise verbal formula, to give effect to the right created by s. 10(b), it should be explained, in easily understood language, to an accused that he has the right to talk to a lawyer before and during questioning, that he has a right to a lawyer's advice and presence even if he cannot afford to hire one, that he will be told how to contact a lawyer, if he does not know how to do so, and that he has a right to stop answering questions at any time until he has talked to a lawyer.

The words I have underlined are significant.

Reference was also made to the case of *Her Majesty the Queen v. Rodney James Ross, et al.* [judgment dated February 23, 1984, I. A. Vannini J., District Court, Algoma, Ontario, not yet reported], in which an accused on being arrested at 1:30 a.m. was advised of his right to retain and instruct counsel. He was informed of this again at 2:03 a.m. and allowed to make a telephone call but received no response. He was then informed that he could call another lawyer but he did not request to use the phone to call another and was then placed in a cell. In due course he was told that he was going to appear in a line-up but was not specifically advised that he did not have to participate if he did not want to. He did not refuse to,

non. Au cours des interrogatoires subséquents qui se sont déroulés en l'absence de l'avocat, la police a continué de passer en revue à son intention la preuve qui compromettait l'accusé. Le jour où le prévenu a fait la déclaration incriminante, l'enquêteur lui avait dit que c'était la dernière journée où il pouvait dire quelque chose, qu'il quitterait les cellules du poste de police ce jour-là. Plus tard au cours de la journée, l'agent est retourné le voir et lui a demandé s'il voulait «parler affaires». Sur ce le prévenu a avoué le meurtre. On lui a fait la mise en garde et il a fait une déclaration complète. Le prévenu a été mis en garde avant chaque interrogatoire et quand il a dit qu'il ne voulait rien dire avant d'avoir vu son avocat on l'a simplement renvoyé dans sa cellule.

Cette affaire se rapporte également à la recevabilité d'une déclaration, et la Cour d'appel a décidé que la décision du juge de première instance de la recevoir ne pouvait pas être modifiée en appel puisque rien n'indiquait que le juge n'ait pas profité de l'occasion qu'il avait eue d'entendre les témoins, ou qu'il ait négligé de tenir compte de la règle applicable. La *Déclaration canadienne des droits* en vigueur à cette époque n'était pas en litige.

Dans la décision *R. v. Shields*, un jugement non publié de l'Ontario, en date du 10 mai 1983, le juge Borins [Cour de comté] déclare à la page 12:

[TRADUCTION] Sans tenter de fixer une formule verbale précise, pour donner effet au droit créé par l'al. 10b), il faudrait expliquer à un prévenu, dans un langage facilement compréhensible, qu'il a le droit de parler à un avocat avant et pendant l'interrogatoire, et qu'il a le droit aux conseils d'un avocat et à la présence d'un avocat même s'il n'a pas les moyens financiers de retenir ses services, qu'on lui expliquera comment communiquer avec un avocat, s'il ne sait pas comment faire, et qu'il a le droit de cesser de répondre aux questions en tout temps jusqu'à ce qu'il ait parlé à un avocat.

Les mots que j'ai soulignés sont lourds de sens.

On a également cité la décision *Her Majesty the Queen v. Rodney James Ross, et al.* [judgment en date du 23 février 1984, juge I. A. Vannini, Cour de district, Algoma (Ontario), encore inédit], dans laquelle un prévenu, après avoir été arrêté à 1 h 30, a été informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. On lui a rappelé ce droit à 2 h 03 et on lui a permis de faire un appel téléphonique, mais il n'a obtenu aucune réponse. On lui a dit qu'il pouvait appeler un autre avocat, mais il n'a pas demandé à utiliser le téléphone pour en appeler un autre et il a été ensuite renvoyé en cellule. En temps utile, on lui a dit qu'il allait paraître à une séance d'identification, mais on ne lui a pas précisé qu'il n'était pas tenu d'y participer

however. The Court held that there was no duty on the police to inform the accused of his rights at every stage of the investigation by the police and that it is sufficient if in the course of the investigation, barring exceptional circumstances, he is informed of his right to retain and instruct counsel without delay. At page 3 the judgment concluded:

Accordingly, I do hold that the voluntary participation in the line-up by the accused Ross does not constitute an infringement or denial of the right guaranteed to him by s. 13, and, a fortiori, of the right guaranteed by s. 11(b) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

This was submitted in support of the proposition that plaintiff made no objection to being interviewed without the presence of his lawyer, which, as I have already indicated, is not a valid presumption from the agreed statement of facts.

On reviewing the jurisprudence I conclude on the facts of this case and in the present state of the law, and in particular with reference to the clear intent and purpose of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to protect a prisoner from unfair harassment that defendant cannot rely on a strict and narrow interpretation of paragraph 10(b) to defeat plaintiff's rights. I conclude that Constable Jacklin committed a tort against the plaintiff in commencing to interview him without awaiting the imminent arrival of his counsel, and in then refusing immediate access of his counsel to him after his arrival until the interview was terminated. It should be understood that this conclusion is based on the facts of this case and should not be considered as authority for a finding that no interview of an accused can ever take place in the absence of his counsel, when the circumstances of the case require that this should be done without undue delay, such as when counsel will not be available for an extended period of time, or delay will result in the loss of evidence as in the breathalyser cases. To decide otherwise would result in an unacceptable conclusion that once the accused had been given the right to telephone his counsel, and has done so, nothing further can then be done with respect to questioning him until such counsel chooses to make himself available, which might involve delays of many hours or even days.

s'il ne le voulait pas. Toutefois, il n'a pas refusé. La Cour a décidé que la police n'était pas obligée d'informer le prévenu de ses droits à chaque étape de l'enquête policière et qu'il suffisait, à moins de circonstances exceptionnelles, qu'il soit informé au cours de l'enquête de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat sans délai. À la page 3, le jugement conclut:

[TRADUCTION] En conséquence, je conclus que la participation volontaire de l'inculpé Ross à la séance d'identification ne constitue pas une violation ni un déni du droit que lui garantit l'art. 13 et, a fortiori, du droit que lui garantit l'al. 11b) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

Ces arrêts ont été soumis à l'appui de la proposition selon laquelle le demandeur ne s'est pas opposé à l'interrogatoire hors de la présence de son avocat, ce qui, comme je l'ai déjà mentionné, ne peut être valablement déduit de l'exposé conjoint des faits.

Après avoir examiné la jurisprudence, je conclus, en me fondant sur les faits de la présente espèce et étant donné l'état actuel du droit, et plus particulièrement le but et l'objet de la *Charte canadienne des droits et libertés* de protéger un prisonnier contre un harcèlement injuste, que la défenderesse ne peut s'appuyer sur une interprétation restrictive et étroite de l'alinéa 10b) pour frustrer le demandeur de ses droits. Je conclus que l'agent Jacklin a commis une faute envers le demandeur en commençant à l'interroger sans attendre l'arrivée imminente de son avocat et par la suite en lui refusant de consulter immédiatement son avocat après son arrivée jusqu'à la fin de l'interrogatoire. Il est entendu que cette conclusion se fonde sur les faits de la présente affaire et ne peut être considérée comme une règle posant qu'on ne doit jamais interroger un inculpé en l'absence de son avocat, lorsque les circonstances de l'affaire exigent que cela soit fait sans retard excessif, comme lorsque l'avocat ne peut être présent qu'après une période de temps assez longue, ou que le retard entraînera la perte d'une preuve, comme dans les cas de l'ivressomètre. Décider autrement conduirait à l'inacceptable conclusion qu'une fois qu'on a accordé à l'inculpé le droit de téléphoner à son avocat et qu'il le fait, toute la procédure est arrêtée en ce qui concerne son interrogatoire jusqu'à ce que cet avocat veuille bien être présent, ce qui peut entraîner des retards de plusieurs heures ou même de plusieurs jours.

Having decided that a tort was committed the next question is what sanction or remedy can the Court impose? This is not a case involving admissibility of a statement improperly taken from an accused; in fact no such statement was taken. Neither is it a case where as a result of the interview without counsel being allowed to be present, plaintiff suffered actual damage since, in due course, he pleaded guilty in any event. However, the failure to impose some sanction would be to condone the unfair, and in my opinion, illegal conduct of the police officer in question. Plaintiff cited the case of *Paragon Properties Limited v. Magna Investments Ltd.*<sup>4</sup> as authority for the proposition that although exemplary or punitive damages were not claimed in the prayer for relief in a counterclaim, they may properly be awarded in answer to a claim for general damages. In the case of *Kingsmith v. Denton* (1977), 3 A.R. 315, a judgment in the Alberta Supreme Court [Trial Division] dated March 24, 1977, dealing with damages against a police officer for unjustifiable assault, \$1,500 was awarded as exemplary damages. The conduct of the defendant was found reprehensible and offensive to the ordinary standards of morality or decent conduct in the community. This is somewhat akin to subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which excludes the admissibility of evidence obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by the Charter if it is established that having regard to all the circumstances the admission of it in the proceedings "would bring the administration of justice into disrepute". In the present case we are not dealing with the admissibility of any statement made but the circumstances in which the interview took place would itself bring the administration of justice into disrepute. It is by subsection 24(1) that the Court may apply such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances.

<sup>4</sup> [1972] 3 W.W.R. 106; 24 D.L.R. (3d) 156 (Alta. S.C. App. Div.).

Maintenant que j'ai arrêté qu'une faute a été commise, il reste à examiner quelle sanction ou quelle mesure de redressement la Cour peut imposer. Il ne s'agit pas d'une affaire portant sur la recevabilité d'une déclaration irrégulièrement obtenue d'un inculpé; en fait, il n'y a eu aucune déclaration de ce genre. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire où, à la suite d'un interrogatoire qui s'est déroulé sans qu'on ait permis la présence de l'avocat, le demandeur a subi un véritable préjudice puisque, le moment venu, il a plaidé coupable de toute façon. Il reste cependant, que, si je n'imposais aucune sanction, cela équivaudrait à fermer les yeux sur un comportement injuste et à mon avis illégal du policier en question. Le demandeur a invoqué la décision *Paragon Properties Limited v. Magna Investments Ltd.*<sup>4</sup> comme précédent à l'appui de la proposition selon laquelle bien que des dommages exemplaires ou punitifs n'aient pas été demandés dans les conclusions de la demande reconventionnelle, ils peuvent très bien être accordés en réponse à une demande de dommages-intérêts en général. Dans l'arrêt *Kingsmith v. Denton* (1977), 3 A.R. 315, de la Cour suprême de l'Alberta [première instance] en date du 24 mars 1977 qui porte sur une action en dommages-intérêts intentée contre un policier pour agression injustifiée, la Cour a accordé 1 500 \$ à titre de dommages exemplaires. La conduite du défendeur fut trouvée blâmable et irrespectueuse des normes de moralité ou de décence propres à la société. Cela ressemble quelque peu au paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui déclare irrecevable les éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la Charte s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation «est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Dans la présente espèce, il ne s'agit pas de la recevabilité d'une déclaration, mais les circonstances dans lesquelles l'interrogatoire a eu lieu sont susceptibles en elles-mêmes de déconsidérer l'administration de la justice. C'est par le biais du paragraphe 24(1) que la Cour peut accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

<sup>4</sup> [1972] 3 W.W.R. 106; 24 D.L.R. (3d) 156 (C.S. Alb. Div. d'appel).

In commenting on the enforcement of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* Tarnopolsky, in his text *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary* at page 502 states that the remedy available in subsection 24(1) would clearly include damages where suitable. At page 503 he states that the power to award damages would, where suitable, cover exemplary, punitive or moral damages as well as the strictly compensatory type. He refers to the judgment of Lord Devlin in *Rookes v. Barnard, et al.*,<sup>5</sup> at page 328 where he states that exemplary damages are appropriate in cases of “oppressive, arbitrary or unconstitutional action by servants of the government”.

Defendant, on the question of damages, referred *inter alia* to the case of *Regina v. Vermette* (No. 4),<sup>6</sup> in which it is stated at page 495:

We are of the view that when a court is required to grant a remedy under s. 24(1) of the Charter, that remedy, in addition to being appropriate and just, must also be effective.

and also referred to the case of *Re Ritter et al. and The Queen*<sup>7</sup> in which at page 184 it is stated:

I have therefore concluded that in so far as any right or freedom guaranteed to the accused by the Charter might be said to have been breached on the facts as described to be, the only relief which the accused seek could not, in my view, possibly be considered an appropriate remedy, nor am I able in the circumstances to suggest any course which, at this point, would serve to remedy any such alleged breach.

These are both cases with very unusual facts which it is not necessary to go into here as they are not really applicable. The case of *Regina v. Esau*,<sup>8</sup> dealing with an alleged improper search held [C.R.R.] at page 149 [236 Man. R.]:

Apart from the issue as to the admissibility of illegally obtained evidence, anyone who has been subjected to unreasonable search and seizure is entitled to apply to a court of competent jurisdiction for remedial relief. In an instance where the search is abortive, the damages might be substantial, particularly if force were used against an innocent citizen. In a

Dans ses remarques sur l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Tarnopolsky, dans un document intitulé *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary* dit à la page 502 que la réparation visée au paragraphe 24(1) comprendrait de toute évidence des dommages dans les cas appropriés. À la page 503, il dit que le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts comprend, le cas échéant, le pouvoir d'accorder des dommages exemplaires, punitifs ou moraux aussi bien que des dommages-intérêts de nature strictement indemnitaire. Il mentionne le jugement de lord Devlin dans l'arrêt *Rookes v. Barnard, et al.*<sup>5</sup>, à la page 328 où il déclare que les dommages exemplaires sont le remède approprié dans les cas [TRADUCTION] «d'actes oppressifs, arbitraires ou inconstitutionnels accomplis par des fonctionnaires».

La défenderesse, relativement à la question des dommages, cite notamment l'arrêt *Regina v. Vermette* (No. 4)<sup>6</sup>, qui énonce à la page 495:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que lorsqu'on demande à la Cour d'accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la Charte, cette réparation doit non seulement être convenable et juste, mais également efficace.

et elle cite également l'affaire *Re Ritter et al. and The Queen*<sup>7</sup> dans laquelle on dit à la page 184:

[TRADUCTION] J'en arrive à la conclusion, par conséquent, que dans la mesure où on peut dire qu'un droit ou une liberté garantis à l'inculpé par la Charte ont été violés, comme le révèle les faits, la seule réparation que demande le prévenu ne peut, à mon avis, être considérée comme une réparation convenable, et il m'est impossible également, dans les circonstances, de proposer une démarche qui, à ce point, puisse servir de réparation à cette prétendue violation.

Il s'agit de deux affaires comportant des faits hors de l'ordinaire et qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ici puisqu'elles ne sont pas réellement applicables. La décision *Regina v. Esau*,<sup>8</sup> portant sur une fouille qu'on prétend illégale, a conclu [C.R.R.] à la page 149 [236 Man. R.]:

[TRADUCTION] Indépendamment de la question de la recevabilité d'une preuve obtenue irrégulièrement, quiconque a fait l'objet d'une fouille et d'une saisie déraisonnable a le droit de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir réparation. Dans le cas où la fouille est infructueuse, les dommages-intérêts peuvent être élevés, particulièrement s'il y a eu recours à la

<sup>5</sup> [1964] 2 W.L.R. 269 (H.L.).

<sup>6</sup> (1982), 1 C.C.C. (3d) 477 (Que. S.C.).

<sup>7</sup> (1983), 8 C.C.C. (3d) 170 (B.C.S.C.).

<sup>8</sup> (1983), 20 Man. R. (2d) 230; 147 D.L.R. (3d) 561; 4 C.R.R. 144 (C.A.).

<sup>5</sup> [1964] 2 W.L.R. 269 (H.L.).

<sup>6</sup> (1982), 1 C.C.C. (3d) 477 (C.S. Qc.).

<sup>7</sup> (1983), 8 C.C.C. (3d) 170 (C.S.C.-B.).

<sup>8</sup> (1983), 20 Man. R. (2d) 230; 147 D.L.R. (3d) 561; 4 C.R.R. 144 (C.A.).

case such as this, however, where evidence of illicit drugs is revealed, and where no force was exercised against the accused, I would hazard the guess that the remedy would be modest indeed.

Although counsel for plaintiff argued that it is improper to take into consideration the fact that plaintiff eventually pleaded guilty to the charge for which he was arrested, which has nothing to do with exemplary or punitive damages to be awarded for preventing his counsel from being present during his interview, I do not believe this can be altogether ignored in fixing the amount of damages to be allowed.

Defendant's counsel suggests that a simple declaration that the police officer committed an error would be sufficient to act as a deterrent to similar conduct by police officers in future. I do not agree. The damages to be awarded should be sufficiently punitive as to act as a deterrent, but on the other hand the fault is not as serious as it would have been had plaintiff been refused altogether the right to retain or instruct counsel without delay or had not been informed of that right in direct contravention of paragraph 10(b) of the Charter. Since the present case deals with a question which does not appear to have been directly decided before and is not specifically spelled out in the Charter, so that the infringement of plaintiff's rights must be based by inference on the intention of the Charter considered in the light of the particularly objectionable conduct of the police officer with respect to the right which I have found plaintiff had to have his counsel, who was ready and available, with him during his interview, this must be considered in mitigation of damages.

Under the circumstances damages will be awarded in the amount of \$500 and costs.

force contre un citoyen innocent. Dans un cas comme le présent, toutefois, lorsque la preuve révèle la présence de stupéfiants et qu'on n'a pas eu recours à la force contre l'inculpé, j'avancerais l'hypothèse que la réparation doit être vraiment modeste.

<sup>a</sup> Bien que l'avocat du demandeur ait fait valoir qu'il ne sied pas de tenir compte du fait que le demandeur a finalement plaidé coupable à l'accusation pour laquelle il a été arrêté, puisque c'est un fait complètement étranger aux dommages exemplaires ou punitifs qui peuvent être accordés parce qu'on a empêché l'avocat d'être présent au cours de l'interrogatoire, je ne crois pas qu'il faut complètement en faire abstraction en fixant le montant des dommages-intérêts à accorder.

<sup>b</sup> L'avocat de la défenderesse prétend qu'une simple déclaration portant que le policier a commis une erreur serait suffisante pour dissuader les autres policiers d'agir de la sorte à l'avenir. Je ne saurais être d'accord avec cette prétention. Les dommages-intérêts accordés doivent avoir un caractère punitif assez fort pour avoir un effet dissuasif, mais d'un autre côté, la faute commise n'est pas aussi grave que si le demandeur s'était vu refuser complètement le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat sans délai ou n'avait pas été informé de ce droit en contravention flagrante de l'alinéa 10b) de la Charte. Puisque la présente espèce se rapporte à une question qui ne paraît pas avoir été directement tranchée auparavant et qui n'est pas précisément prévue dans la Charte, de sorte que cette violation des droits du demandeur doit se fonder par déduction sur l'intention de la Charte examinée à la lumière d'une conduite particulièrement répréhensible du policier relativement au droit qu'avait à mon avis le demandeur à la présence de son avocat, qui était prêt et disponible, il faut en tenir compte pour réduire le montant des dommages-intérêts.

<sup>c</sup> Dans les circonstances, j'accorde des dommages-intérêts au montant de 500 \$ avec dépens.