Susan Nelles *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in right of Ontario, the Attorney General for Ontario, John W. Ackroyd, James Crawford, Jack Press and Anthony Warr *Respondents*

INDEXED AS: NELLES *v.* ONTARIO

File No.: 19598.

1988: February 29; 1989: August 14.

Present: Dickson C.J. and Beetz*, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Crown — Immunity — Civil action — Malicious prosecution — Whether Crown, Attorney General and Crown Attorneys are immune from suit for malicious prosecution — Whether a ruling on the issue of prosecutorial immunity should be made on an appeal of a preliminary motion — Proceedings against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393, s. 5(6) — Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, Rule 126.

The appellant was charged with the murder of four infants and was discharged on all counts at the conclusion of the preliminary inquiry. She then brought an action against the Crown in right of Ontario, the Attorney General for Ontario, and several police officers, alleging that the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, counselled, aided and abetted the police in charging and prosecuting her and that the Attorney General and the Crown Attorneys were actuated by malice. Proceedings were later discontinued against the police officers and the Crown Attorneys were not named as defendants. Before trial, the respondents moved to have the action dismissed under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice on the ground that the pleadings disclosed no reasonable cause of action and, in the alternative, for leave under Rule 124 to set down a point of law raised in the pleadings and to argue it on the return of the motion. The Supreme Court of Ontario allowed the motion and struck out the statement of claim. The Court of Appeal upheld the judgment. Both the Supreme Court of Ontario and the Court of Appeal

* Beetz, Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Susan Nelles *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine du chef de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario, John W. Ackroyd, James Crawford, Jack Press et Anthony Warr *Intimés*

RÉPERTORIÉ: NELLES *c.* ONTARIO

N° du greffe: 19598.

1988: 29 février; 1989: 14 août.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz*, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Couronne — Immunité — Action civile — Poursuites abusives — La Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne bénéficient-ils d'une immunité contre les actions pour poursuites abusives? — Convient-il de statuer sur la question de l'immunité du poursuivant dans le cadre d'un appel relatif à une requête préliminaire? — Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1980, chap. 393, art. 5(6) — Rules of Practice and Procedure, R.R.O 1980, Reg. 540, règle 126.

L'appelante, accusée du meurtre de quatre enfants en bas âge, a été acquittée relativement à chacun des chefs d'accusation à l'issue de l'enquête préliminaire. Elle a alors intenté une action contre la Couronne du chef de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario ainsi que plusieurs policiers, alléguant que le procureur général et ses représentants, les procureurs de la Couronne, avaient conseillé à la police de porter des accusations et d'engager des poursuites contre elle et l'avaient aidée et encouragée à le faire, et que le procureur général et les procureurs de la Couronne avaient agi avec malveillance. Il y a eu par la suite désistement de l'action contre les policiers et les procureurs de la Couronne n'ont pas été désignés défendeurs. Avant le procès, les intimés ont demandé par requête, en vertu de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario, le rejet de l'action au motif que les actes de procédure ne révélaient aucune cause raisonnable d'action. Subsidiairement, ils demandaient, en vertu de la règle 124, la tenue d'une audience afin de faire valoir leur argumentation sur une question de droit soulevée dans les actes de procédure. La Cour suprême

* Les juges Beetz, Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

1989 CanLII 77 (SCC)

seemed to have acted under Rule 126. This appeal is to determine whether the Crown, the Attorney General and the Crown Attorneys enjoy an absolute immunity from a suit for malicious prosecution.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting in part): The appeal should be dismissed as against the Crown. The appeal should be allowed as against the Attorney General and the matter returned to the Supreme Court of Ontario for trial of the claim against the Attorney General.

The Crown enjoys absolute immunity from a suit for malicious prosecution. Section 5(6) of the Ontario *Proceedings Against the Crown Act* exempts the Crown from any proceedings in respect of anything done or omitted to be done by a person while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature or responsibilities that he has in connection with the execution of judicial process. The decision to prosecute is a judicial decision vested in the Attorney General and executed on his behalf by his agents, the Crown Attorneys. The Crown Attorneys and the Attorney General in deciding to prosecute the appellant came within s. 5(6) of the Act and the Crown is thus immune from liability to the appellant.

Per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.: There is no need for a trial to permit a conclusion on the question of prosecutorial immunity. This issue, disposed of in the courts below upon a pre-trial motion under Rule 124 or Rule 126 of the Ontario Rules of Practice, should be addressed by this Court. The issue has been given careful consideration in the Court of Appeal and in argument before this Court. To send the matter back for trial without resolving the issue would not be expeditious and would add both time and cost to an already lengthy case. The rules of civil procedure should not act as obstacles to a just and expeditious resolution of a case.

The Attorney General and Crown Attorneys are not immune from suits for malicious prosecution. A review of the authorities on the issue of prosecutorial immunity reveals that the matter ultimately boils down to a question of policy. In the interests of public policy, an absolute immunity for the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, is not justified. An absolute immunity has the effect of negating a private right of action and in some cases may bar a remedy under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As such, the existence of absolute immunity is a threat to the

de l'Ontario a accueilli la requête et radié la déclaration, décision qui a été confirmée par la Cour d'appel. La Cour suprême de l'Ontario et la Cour d'appel de l'Ontario semblent s'être fondées sur la règle 126. Le pourvoi vise à déterminer si la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue contre une action pour poursuites abusives.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente en partie): Le pourvoi est rejeté en ce qui concerne la Couronne. Le pourvoi est accueilli en ce qui concerne le procureur général et l'affaire est renvoyée à la Cour suprême de l'Ontario pour instruction de la réclamation présentée contre le procureur général.

La Couronne jouit d'une immunité absolue contre les actions pour poursuites abusives. Le paragraphe 5(6) de la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne* de l'Ontario met la Couronne à l'abri de procédures pour l'action ou l'omission d'une personne qui s'acquitte ou prétend s'acquitter d'une charge de nature judiciaire ou de responsabilités relatives à l'exécution d'actes de procédure judiciaire. La décision d'engager des poursuites est une décision de nature judiciaire qui incombe au procureur général et dont l'exécution relève des procureurs de la Couronne agissant en son nom. La décision des procureurs de la Couronne et du procureur général de poursuivre l'appelante relevait du par. 5(6) de la Loi et la Couronne bénéficie d'une immunité à l'égard de toute responsabilité envers l'appelante.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Il n'est pas nécessaire d'avoir une instruction pour statuer sur la question de l'immunité du poursuivant. La Cour doit traiter de cette question que les juridictions inférieures ont tranchée sur requête préliminaire en se fondant sur la règle 124 ou la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario. La question a été examinée soigneusement en Cour d'appel et au cours des débats devant notre Cour. Renvoyer l'affaire à l'instruction sans résoudre la question serait peu expéditif, prolongerait des procédures déjà longues et ajouterait à leur coût. Les règles de procédure civile ne devraient pas faire obstacle au règlement juste et expéditif d'un litige.

Le procureur général et les procureurs de la Couronne ne jouissent pas d'une immunité absolue relativement aux actions pour poursuites abusives. Il ressort de l'examen de la jurisprudence sur la question de l'immunité du poursuivant qu'il s'agit en définitive d'une question d'intérêt public. Une immunité absolue pour le procureur général et les procureurs de la Couronne qui le représentent n'est pas justifiée par l'intérêt public. L'immunité absolue entraîne la négation d'un droit privé d'action et, dans certains cas, peut rendre impossible un recours fondé sur la *Charte canadienne des droits et*

1989 CanLII 77 (SCC)

individual rights of citizens who have been wrongly and maliciously prosecuted. While the policy considerations in favour of absolute immunity have some merit, these considerations must give way to the right of a private citizen to seek a remedy when the prosecutor acts maliciously in fraud of his duties with the result that he causes damage to the victim. The tort of malicious prosecution requires not only proof of an absence of reasonable and probable cause for commencing the proceedings but also proof of an improper purpose or motive, a motive that involves an abuse or perversion of the system of criminal justice for ends it was not designed to serve and as such incorporates an abuse of the office of the Attorney General and his agents the Crown Attorneys. The inherent difficulty in proving a case of malicious prosecution combined with the mechanisms available within the system of civil procedure to weed out meritless claims is sufficient to ensure that the Attorney General and Crown Attorneys will not be hindered in the proper execution of their important public duties. Finally, attempts to qualify prosecutorial immunity in the United States by the so-called functional approach and its many variations have proven to be unsuccessful.

Per La Forest J.: The common law position as set out by Lamer J. is accepted. The *Charter* implications need not be considered.

Per McIntyre J.: The state of the law relating to the immunity of the Attorney General is far from clear and a ruling on a point of this importance should not be made on an appeal of a preliminary motion. Before laying down any proposition to the effect that the Attorney General and his agents enjoy absolute immunity from civil suit, there should be a trial to permit a conclusion on the question of prosecutorial immunity and to provide—in the event that it is decided that the immunity is not absolute—a factual basis for a determination of whether or not in this case the conduct of the prosecution was such that the appellant is entitled to a remedy.

Furthermore, the Attorney General's immunity from judicial review, which is based on the exercise of a judicial function, does not equate with immunity from civil suit for damages for wrongful conduct in the performance of prosecutorial functions which do not involve the exercise of a judicial function. Indeed, most of the functions and acts performed by Crown Attorneys as agents of the Attorney General would fall into this category and, accordingly, the immunity may not extend

libertés. L'existence d'une immunité absolue menace donc les droits individuels de citoyens poursuivis à tort et abusivement. Quoique les considérations d'intérêt public invoquées en faveur de l'immunité absolue aient une certaine légitimité, ces considérations doivent céder le pas au droit d'un particulier de chercher à obtenir une réparation quand il subit un préjudice du fait que le poursuivant a agi avec malveillance dans l'exercice abusif de ses fonctions. Dans le cas du délit civil de poursuites abusives, on doit prouver non seulement l'absence de motif raisonnable et probable d'engager les poursuites, mais aussi l'existence d'un but ou motif illégitime, motif qui constitue un abus ou une perversion du système de justice criminelle à des fins auxquelles il n'est pas destiné et qui, en tant que tel, comporte un abus des pouvoirs du procureur général et de ses représentants, les procureurs de la Couronne. La difficulté à faire la preuve de poursuites abusives ainsi que les mécanismes existant dans le système de procédure civile qui permettent d'écarter les actions non fondées suffisent pour que le procureur général et les procureurs de la Couronne ne soient pas entravés dans l'exécution efficace de leurs importantes charges publiques. Finalement, les tentatives américaines de limiter l'immunité du poursuivant par le recours à ce qu'on appelle l'approche fonctionnelle et aux nombreuses variantes de cette approche ont échoué.

Le juge La Forest: Les motifs du juge Lamer en ce qui concerne la *common law* sont adoptés. Il n'est pas nécessaire d'examiner l'effet de la *Charte*.

Le juge McIntyre: L'état du droit à l'égard de l'immunité conférée au procureur général est loin d'être clair, et on ne devrait pas statuer sur une question aussi importante dans le cadre d'un appel d'une exception préliminaire. Avant d'énoncer en principe que le procureur général et ses représentants jouissent d'une immunité absolue contre les actions civiles, il doit y avoir un procès pour trancher la question de l'immunité du poursuivant et, s'il est décidé que l'immunité n'est pas absolue, pour fournir le fondement factuel permettant de déterminer si, en l'espèce, la poursuite a été menée de façon telle que l'appelante est en droit d'obtenir réparation.

De plus, l'immunité du procureur général à l'égard du contrôle judiciaire, fondée sur l'exercice d'une fonction judiciaire, n'équivaut pas à une immunité de responsabilité civile pour les dommages résultant d'un acte fautif commis dans l'accomplissement de fonctions de poursuivant ne comportant pas l'exercice d'une fonction judiciaire. En fait, la plupart des fonctions et des actes qu'exécutent les procureurs de la Couronne à titre de mandataires du procureur général relèveraient de cette

1989 CanLII 77 (SCC)

to claims for damages as a result of a prosecution, however instituted, that is carried out with malice. A ruling on a preliminary motion to the effect that Attorneys General and their agents are absolutely immune from all liability for suits for malicious prosecution may be too expansive and even ill-founded.

This case, therefore, should not have been disposed of upon a pre-trial motion under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice. Under that rule, it is only in the clearest of cases that an action should be struck out. This is not such a case.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part): Appellant's action is completely dependent upon whether or not Attorneys General and Crown Attorneys are immune from civil suit and, as such, the matter can and should be decided by this Court in the present appeal. While, in general, important questions should not be disposed of in interlocutory fashion, this rule does not apply where the defence offered at the outset is one of law only—namely, that the right of action is barred independently of the facts alleged. There is every advantage, in terms of saving the time and cost of a trial, to decide a question of law at the outset. This, in fact, is the very reason for the existence of Rule 126 of the Ontario Rules of Practice.

Adopting the reasons of the Ontario Court of Appeal, the Attorneys General and Crown Attorneys enjoy an absolute immunity from civil suit when they are acting within the bounds of their authority. The role of absolute immunity is not to protect the interests of the individual holding the office but rather to advance the greater public good. The Attorneys General and Crown Attorneys are often faced with difficult decisions as to whether to proceed in matters which come before them and their freedom of action is vital to the effective functioning of our criminal justice system.

Cases Cited

By Lamer J.

Considered: *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); **referred to**: *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T.

catégorie et, en conséquence, il est possible que l'immunité ne s'étende pas aux demandes de dommages-intérêts résultant d'une poursuite menée avec malveillance, quelle que soit la façon dont elle a été engagée. Une décision rendue sur une exception préliminaire et portant que les procureurs généraux et leurs mandataires sont à l'abri de toute responsabilité en matière de poursuites abusives pourrait donc être trop large et peut-être même mal fondée.

Par conséquent, la présente affaire n'aurait pas dû être tranchée sur une requête préliminaire présentée en vertu de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario. Ce n'est que dans les cas les plus évidents que des actions sont radiées en application de cette règle. Or, ce n'est pas le cas en l'espèce.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie): Le sort de l'action de l'appelante dépend entièrement de la réponse à la question de savoir si les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue contre les poursuites civiles. Une telle question peut et doit être résolue par notre Cour dans le présent pourvoi. Quoique, d'une manière générale, d'importantes questions ne devraient pas être décidées à l'occasion de requêtes interlocutoires, cette règle ne s'applique pas dans les cas où la défense est fondée uniquement sur un point de droit, savoir que le droit d'action n'existe pas, quels que soient les faits allégués. Il y a tout avantage, en termes de temps et de coût, de trancher une question de droit *in limine litis*. C'est précisément d'ailleurs la raison d'être de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario.

Les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario sont adoptés; les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne bénéficient d'une immunité absolue contre les poursuites civiles quand ils agissent dans les limites de leurs pouvoirs. L'immunité absolue a pour but non pas de protéger l'individu qui détient la charge en question, mais plutôt d'assurer le plus grand bien du public. Les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne sont souvent confrontés à des décisions difficiles quant à l'opportunité de poursuivre dans des affaires qui leur sont soumises, et leur liberté d'action est vitale pour assurer le fonctionnement efficace de notre système de justice criminelle.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêt examiné: *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); **arrêts mentionnés**: *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2e) 87; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T.

1989 CanLII 77 (SCC)

93; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (1980); *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (1980), *cert.* denied, 450 U.S. 913 (1981); *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (1981); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *R. v. Groves* (1977), 37 C.C.C. (2d) 429.

By McIntyre J.

Referred to: *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, [1899] 1 Q.B. 909; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021; *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579; *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), aff'd (1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27; *Re Van Gelder's Patent* (1888), 6 R.P.C. 22; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Barrisove v. McDonald*, B.C.C.A., No. 490/74, November 1, 1974.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

Roncarelli v. Duplessis, [1959] S.C.R. 121; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (1926).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11, 24(1).
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 94.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 122, 139(2), (3), 465(1)(*b*), 504, 579(1) [rep. & subs. c. 27 (1st Supp.), s. 117], 737.
Crown Attorneys Act, R.S.O. 1980, c. 107.
Ministry of the Attorney General Act, R.S.O. 1980, c. 271.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393, ss. 2(2)(*d*), 5(2) to (6).
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, Rules 1.04(1), 20, 21.01.

93; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (1980); *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (1980), *cert.* refusé, 450 U.S. 913 (1981); *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (1981); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370; *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *R. v. Groves* (1977), 37 C.C.C. (2d) 429.

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, [1899] 1 Q.B. 909; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021; *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579; *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), conf. (1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2e) 87; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27; *Re Van Gelder's Patent* (1888), 6 R.P.C. 22; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Barrisove v. McDonald*, C.A.C.-B., nº 490/74, 1er novembre 1974.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

Roncarelli v. Duplessis, [1959] R.C.S. 121; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (1926).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11, 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 122, 139(2), (3), 465(1)*b*), 504, 579(1) [abr. & rempl. chap. 27 (1er supp.), art. 117], 737.
Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 94.
Loi sur le ministère du Procureur général, L.R.O. 1980, chap. 271.
Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1980, chap. 393, art. 2(2)*d*), 5(2) à (6).
Loi sur les procureurs de la Couronne, L.R.O. 1980, chap. 107.
Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, règles 1.04(1), 20, 21.01.

1989 CanLII 77 (SCC)

Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, Rules 124, 126.

Authors Cited

Béliveau, Pierre and Jacques Bellemare and Jean-Pierre Lussier. *On Criminal Procedure*. Translated by Josef Muskatel. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.

Edwards, John Ll. J. *The Attorney General, Politics and the Public Interest*. London: Sweet & Maxwell, 1984.

Filosa, John C. "Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes," [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 5th ed. Sydney: Law Book Co., 1977.

Luppino, Anthony J. "Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity" (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487.

Manning, Morris. "Abuse of Power by Crown Attorneys," [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571.

Note, "Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits" (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173.

Pilkington, Marilyn L. "Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1984), 62 *Can. Bar. Rev.* 517.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 51 O.R. (2d) 513, 21 D.L.R. (4th) 103, 16 C.R.R. 320, 1 C.P.C. (2d) 113, affirming an order of Fitzpatrick J. granting respondents' application to strike out appellant's statement of claim and dismissing her action. Appeal dismissed as against the Crown and appeal allowed as against the Attorney General, L'Heureux-Dubé J. dissenting in part.

John Sopinka, *Q.C.*, and *David Brown*, for the appellant.

T. C. Marshall, *Q.C.*, and *L. A. Hunter*, for the respondents.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. was delivered by

LAMER J.—I have read the reasons for judgment of my colleague McIntyre J. and I agree with his disposition of the appeal but I do so for somewhat different reasons. McIntyre J. in his reasons for judgment concludes that there must be a trial to permit a conclusion on the question of

Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, règles 124, 126.

Doctrine citée

Béliveau, Pierre et Jacques Bellemare et Jean-Pierre Lussier. *Traité de procédure pénale*, t. 1. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1981.

Edwards, John Ll. J. *The Attorney General, Politics and the Public Interest*. London: Sweet & Maxwell, 1984.

Filosa, John C. «Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes,» [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 5th ed. Sydney: Law Book Co., 1977.

Luppino, Anthony J. «Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity» (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487.

Manning, Morris. «Abuse of Power by Crown Attorneys,» [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571.

Note, «Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits» (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173.

Pilkington, Marilyn L. «Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1984), 62 *R. du B. can.* 517.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 51 O.R. (2d) 513, 21 D.L.R. (4th) 103, 16 C.R.R. 320, 1 C.P.C. (2d) 113, qui a confirmé une ordonnance du juge Fitzpatrick qui faisait droit à la requête des intimés en radiation de la déclaration de l'appelante et qui rejetait sa demande. Pourvoi rejeté en ce qui concerne la Couronne et accueilli en ce qui concerne le procureur général, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente en partie.

John Sopinka, *c.r.*, et *David Brown*, pour l'appelante.

T. C. Marshall, *c.r.*, et *L. A. Hunter*, pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Wilson rendu par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge McIntyre et je suis d'avis de trancher le pourvoi de la même façon que lui, mais pour des motifs un peu différents. Le juge McIntyre conclut qu'il doit y avoir un procès pour qu'il soit possible de statuer sur la question de l'immu-

1989 CanLII 77 (SCC)

prosecutorial immunity. I am in respectful disagreement with him in this regard. I am of the opinion that the question of immunity should be addressed by this Court in this case, and that nothing prevents the Court from so doing. I set out the relevant rules of the Ontario Rules of Practice as they were at the time of the case for ease of reference:

124. Either party is entitled to raise by his pleadings any point of law, and by consent of the parties or by leave of a judge, the point of law may be set down for hearing at any time before the trial, otherwise it shall be disposed of at the trial.

126. A judge may order any pleading to be struck out on the ground that it discloses no reasonable cause of action or answer, and in any such case, or in the case of the action or defence being shown to be frivolous or vexatious, may order the action to be stayed or dismissed, or judgment to be entered accordingly.

As McIntyre J. points out the respondents moved to have the action dismissed under Rule 126 on the ground that the pleadings disclosed no reasonable cause of action and, in the alternative, for leave under Rule 124 to set down a point of law raised in the pleadings and to argue the same on the return of the motion. Both Fitzpatrick J. of the Supreme Court of Ontario and the Court of Appeal for Ontario (1985), 51 O.R. (2d) 513, in allowing the motion to strike out the statement of claim, seemed to have acted under Rule 126.

A review of the cases dealing with the application of Rule 124 and Rule 126 reveals the following. The difference between the two rules lies in the summary nature of Rule 126 as opposed to the more detailed consideration of issues under Rule 124. A court should strike a pleading under Rule 126 only in plain and obvious cases where the pleading is bad beyond argument. Rule 124 is designed to provide a means of determining, without deciding the issues of fact raised by the pleadings, a question of law that goes to the root of the action. I would like to point out that what is at issue here is not whether malicious prosecution is a reasonable cause of action. A suit for malicious

nité du poursuivant. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec lui sur ce point. J'estime en effet que cette Cour doit traiter de la question de l'immunité dans cette affaire et que rien ne l'en empêche. Par souci de commodité, je reproduis les dispositions pertinentes des Rules of Practice de l'Ontario, telles qu'elles étaient rédigées à l'époque en cause:

[TRADUCTION] **124.** Toute partie peut, dans un acte de procédure, soulever une question de droit et, avec le consentement des parties ou l'autorisation de la Cour, la question de droit ainsi soulevée peut faire l'objet d'une audition en tout temps avant l'instruction, sinon elle est décidée au cours de l'instruction.

126. Un juge peut ordonner la radiation de tout acte de procédure au motif qu'il ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou réponse. En pareil cas ou dans le cas d'une action ou d'une défense jugée futile ou vexatoire, il peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

Comme le signale le juge McIntyre, les intimés ont demandé par requête le rejet de l'action en vertu de la règle 126 pour le motif que les actes de procédure ne révélaient aucune cause raisonnable d'action. Subsidiairement, ils demandaient, en vertu de la règle 124, la tenue d'une audience afin de faire valoir leur argumentation sur une question de droit soulevée dans les actes de procédure. Le juge Fitzpatrick de la Cour suprême de l'Ontario, ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 51 O.R. (2d) 513, semblent s'être fondés sur la règle 126 pour accueillir la requête en radiation de la déclaration.

Voici ce qui se dégage de la jurisprudence portant sur l'application des règles 124 et 126. Celles-ci diffèrent l'une de l'autre car la règle 126 prévoit une procédure sommaire alors que la règle 124 permet un examen plus approfondi des questions soulevées. Un tribunal ne doit radier un acte de procédure en vertu de la règle 126 que dans des cas très clairs où l'acte de procédure est incontestablement vicié. La règle 124 est destinée à fournir un moyen de trancher une question de droit qui touche à la base même de l'action sans se prononcer sur les questions de fait soulevées par les actes de procédure. Je tiens à souligner que la question qui se pose ici n'est pas de savoir si des poursuites

1989 CanLII 77 (SCC)

prosecution has been recognized at common law for centuries dating back to the reign of Edward I. What is at issue is whether the Crown, Attorney General and Crown Attorneys are absolutely immune from suit for the well-established tort of malicious prosecution. This particular issue has been given careful consideration both by the Court of Appeal and in argument before this Court. The Court of Appeal for Ontario undertook a thorough review of authorities in the course of a lengthy discussion of arguments on both sides of the issue. As such it matters not in my view whether the matter was disposed of under Rule 124 or 126. To send this matter back for trial without resolving the issue of prosecutorial immunity would not be expeditious and would add both time and cost to an already lengthy case.

Furthermore I am of the view that the rules of civil procedure should not act as obstacles to a just and expeditious resolution of a case. Rule 1.04(1) of the Rules of Civil Procedure in Ontario confirms this principle in stating that "[t]hese rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits."

In terms of whether the Crown enjoys absolute immunity from a suit for malicious prosecution, McIntyre J. concludes that s. 5(6) of the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1980, c. 393, exempts the Crown from any proceedings in respect of anything done or omitted to be done by a person while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature or responsibilities that he has in connection with the execution of judicial process. I am of the opinion that McIntyre J. was correct in holding that the Crown is rendered immune from liability by the express terms of s. 5(6) of the Act, for the action by the Crown Attorney and the Attorney General in deciding to prosecute the appellant. I would like to point out, however, that for the reasons set out below, I am of the view that a functional approach to prosecutorial immunity at common law is inade-

abusives constituent une cause raisonnable d'action, car l'existence d'une action pour poursuites abusives est reconnue en *common law* depuis des siècles, depuis le règne d'Édouard Ier. La question est plutôt de savoir si la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne bénéficient d'une immunité absolue contre toute action fondée sur le délit civil bien établi de poursuites abusives. Cette question a été examinée soigneusement en l'espèce tant par la Cour d'appel qu'au cours des débats devant notre Cour. La Cour d'appel de l'Ontario a fait une revue exhaustive de la jurisprudence dans le cadre d'une longue analyse des arguments opposés. Il importe peu, selon moi, qu'on ait eu recours à la règle 124 ou à la règle 126 pour trancher la question. Toutefois, renvoyer l'affaire à l'instruction sans résoudre la question de l'immunité du poursuivant serait peu expéditif, prolongerait des procédures déjà longues et ajouterait à leur coût.

J'estime en outre que les règles de procédure civile ne devraient pas faire obstacle au règlement juste et expéditif d'un litige. Ce principe est confirmé par le par. 1.04(1) des Règles de procédure civile de l'Ontario qui porte: «Les présentes règles doivent recevoir une interprétation large afin d'assurer la résolution équitable sur le fond de chaque instance civile, de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse.»

Sur la question de savoir si la Couronne jouit d'une immunité absolue contre des actions pour poursuites abusives, le juge McIntyre conclut que le par. 5(6) de la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, L.R.O. 1980, chap. 393, met la Couronne à l'abri de procédures pour l'action ou l'omission d'une personne qui s'acquitte ou prétend s'acquitter d'une charge de nature judiciaire ou de responsabilités relatives à l'exécution d'actes de procédure judiciaire. Je suis d'avis que le juge McIntyre a raison de conclure que la Couronne bénéficie de l'immunité du fait des termes exprès du par. 5(6) de la Loi, pour la décision prise par le procureur de la Couronne et le procureur général de poursuivre l'appelante. Je tiens à signaler cependant que, pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis qu'il n'est pas approprié d'adopter une approche fonctionnelle en ce qui concerne

1989 CanLII 77 (SCC)

quate. In this case the applicable legislation requires the Court to draw a distinction between prosecutorial functions in so far as Crown immunity under s. 5(6) is not available unless the function is "judicial" in nature. Therefore, although I agree with McIntyre J. that in this case the decision to prosecute is a "judicial" function for the purposes of s. 5(6), I hasten to add that in dealing with the policy considerations governing the availability of absolute immunity at common law for the Attorney General and Crown Attorneys the functional approach is not the proper test. In addition it should be noted that the constitutionality of the section was not an issue and was not addressed by counsel in this appeal. As such this issue is not before this Court, and therefore the constitutionality of s. 5(6) of the Act is still an open question.

Consequently, the remaining issue at hand is whether the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, are absolutely immune from civil liability in a suit for malicious prosecution. In resolving this question, a brief review of the situation prevailing in a few jurisdictions could be helpful and useful. While McIntyre J. in his reasons provides a detailed review of the authorities, I would like to add some further observations.

I. Different Approaches to Immunity

The situation in Canada is unclear and does not seem to be uniform throughout the country.

1. *Absolute Immunity—the Ontario Position*

The Ontario Court of Appeal in the case at bar found that an absolute immunity exists, and in reaching this conclusion relied extensively on the decision by the Supreme Court of the United States in *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976). The Court of Appeal found the idea of an absolute immunity "troubling" but determined that it was justified by the following policy concerns. First, the rule encourages public trust in the fairness and impartiality of those who act and exercise discretion in the bringing and conducting

l'immunité du poursuivant en *common law*. En l'espèce, la législation applicable oblige la Cour à faire une distinction entre les fonctions de poursuivant dans la mesure où l'immunité de la Couronne en vertu du par. 5(6) ne vaut que lorsque la fonction en cause est de nature «judiciaire». En conséquence, bien que je sois d'accord avec le juge McIntyre pour dire qu'en l'espèce, la décision de poursuivre est une fonction «judiciaire» aux fins du par. 5(6), je m'empresse d'ajouter que, pour ce qui est des considérations de principe qui régissent l'existence d'une immunité absolue en *common law* pour le procureur général et les procureurs de la Couronne, l'approche fonctionnelle ne fournit pas les critères appropriés. Notons de plus que la question de la constitutionnalité de ce paragraphe n'est pas en cause et n'a pas été abordée par les avocats dans le présent pourvoi. Comme la Cour n'est pas saisie de la question de la constitutionnalité du par. 5(6) de la Loi, cette question demeure entière.

Reste donc la question de savoir si le procureur général et les procureurs de la Couronne qui le représentent jouissent d'une immunité absolue contre la responsabilité civile dans le cas d'une action pour poursuites abusives. Pour trancher cette question, il pourrait être utile d'examiner brièvement la situation dans quelques autres ressorts. Quoique le juge McIntyre fasse dans ses motifs une étude approfondie de la jurisprudence, je souhaite y ajouter quelques observations.

I. Les différentes positions relatives à l'immunité

La situation au Canada est incertaine et il ne semble pas y avoir d'uniformité.

1. *L'immunité absolue—la position ontarienne*

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu en l'espèce à l'existence d'une immunité absolue, conclusion fondée dans une grande mesure sur l'arrêt *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), de la Cour suprême des États-Unis. Bien qu'elle ait trouvé «inquiétante» l'idée d'une immunité absolue, la Cour d'appel a jugé qu'elle se justifiait par les considérations d'intérêt public énumérées ci-après. En premier lieu, la règle favorise la confiance du public dans l'équité et l'impartialité de ceux qui agissent et qui exercent le pouvoir discrétionnaire

1989 CanLII 77 (SCC)

of criminal prosecution; the rule is designed for the benefit of the public not the benefit of the individual prosecutor. Second, the threat of personal liability for tortious conduct would have a chilling effect on the prosecutor's exercise of discretion and third, to permit civil suits against prosecutors would invite a flood of litigation which would deflect a prosecutor's energies from the discharge of his public duties. In short, the absence of an absolute immunity would open the door to unmeritorious claims and would be a threat to prosecutorial independence. The Court also relied on two decisions of the Ontario High Court, *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 and *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559. Both these decisions rely extensively on the American position as found in *Imbler*, *supra*. The case law in Ontario therefore, uniformly stands for the proposition that the Attorney General and Crown Attorneys enjoy absolute immunity from civil liability for malicious prosecution. Outside of Ontario, the issue is somewhat more ambiguous.

d'intenter et de conduire des poursuites criminelles; la règle est conçue pour le bénéfice du public et non celui du poursuivant. En deuxième lieu, le risque de voir engager sa responsabilité personnelle pour une conduite délictuelle décourage rait le poursuivant d'exercer son pouvoir discrétionnaire. En troisième lieu, permettre des actions civiles contre les poursuivants serait une invitation à une avalanche de litiges qui détourneraient les poursuivants de l'exécution de leurs fonctions publiques. En bref, l'absence d'une immunité absolue ouvrirait la voie à des demandes non fondées et menacerait l'indépendance de la poursuite. La Cour d'appel s'est fondée en outre sur deux décisions de la Haute Cour de l'Ontario: *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 et *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559. L'une et l'autre s'inspirent en grande partie de la position américaine énoncée dans l'arrêt *Imbler*, précité. La jurisprudence ontarienne établit donc sans exception que le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue contre la responsabilité civile pour poursuites abusives. Hors de l'Ontario, la situation est moins claire.

2. *Elsewhere in Canada—Absolute Immunity Questioned*

In *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87, the New Brunswick Court of Appeal held on the authority of the Ontario cases, especially the case at bar, that an absolute immunity shielded a provincial Crown prosecutor from suit for malicious prosecution. By contrast the appellate courts of Nova Scotia and Alberta have cast some doubts on the existence of an absolute immunity. First, in *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (N.S.C.A.), the Crown was sued as being vicariously liable for the action of a residential tenancy officer. Hart J.A. held that while the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, c. 239, might absolve the provincial Crown from civil liability, a Crown servant could still be personally liable for misconduct. In the course of his decision

2. *Ailleurs au Canada—l'immunité absolue mise en doute*

Dans l'affaire *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2e) 87, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick s'est appuyée sur la jurisprudence ontarienne, et notamment sur la présente cause, pour conclure qu'il y avait une immunité absolue mettant un avocat de la Couronne provincial à l'abri d'une action pour poursuites abusives. Les cours d'appel de la Nouvelle-Écosse et de l'Alberta, par contre, ont soulevé des doutes quant à l'existence d'une immunité absolue. Premièrement, dans l'affaire *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (C.A.N.-É.), on a introduit contre la Couronne une instance alléguant sa responsabilité du fait d'un fonctionnaire de la commission de la location résidentielle. Le juge Hart a décidé que, si la *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 239, pouvait dégager la Couronne provinciale de la responsabilité civile, il était encore possible qu'un préposé de la Couronne soit personnellement responsable de sa propre incon-

1989 CanLII 77 (SCC)

Hart J.A. considered the Ontario decisions especially that of Galligan J. in *Richman*, *supra* (at p. 110):

> I am not prepared to go as far as Galligan J. in holding that an officer of the Crown cannot be liable for a proceeding commenced maliciously, but it is not necessary to consider that issue at the moment. I do not believe that in the case at bar it can be said that the respondent in laying the information against the appellant was in fact carrying out a judicial function similar to those carried out by Attorneys General and prosecutors.

In *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270, a Crown prosecutor was sued for alleged misconduct in the preferment of a charge of tax evasion, a charge on which the accused was acquitted. Kerans J.A. speaking for the Alberta Court of Appeal assumes throughout that a suit for malicious prosecution is possible and disposes of the case on the ground that there had been "reasonable and probable cause" to initiate the prosecution. The case was dismissed pursuant to Rule 129 of the Alberta Rules of Civil Procedure, a rule similar to the old Ontario Rule 126. In this context Kerans J.A. said the following (at p. 276):

> The rule upon which I rely has much to commend it. It falls short of the absolute immunity suggested by Major and accepted by the Supreme Court of the United States in *Imbler v. Pachtman* . . . but offers some protection from the harassment which he says would otherwise afflict prosecuting counsel because suit would not be permitted to proceed if utterly without merit. It would indeed be a curious thing if we chose a stern immunity rule in preference to an effective striking-out rule.

Further support for the view that Kerans J.A. is not inclined to accept the existence of an absolute immunity for prosecutors can be found in the following statements (at pp. 277 and 286):

> I will assume, for the sake of argument, that, if counsel, with malice, continues a prosecution he once thought sound but now knows is unsound, he may be sued.

. . .

duite. Dans ses motifs, le juge Hart a examiné la jurisprudence ontarienne et surtout la décision du juge Galligan dans l'affaire *Richman*, précitée (à la p. 110):

> [TRADUCTION] Je ne suis pas prêt à aller aussi loin que le juge Galligan en statuant qu'un fonctionnaire de la Couronne ne peut être tenu responsable d'une poursuite engagée avec malveillance, encore qu'il n'y ait pas lieu d'examiner cette question pour le moment. En l'espèce, je ne crois pas qu'on puisse dire qu'en faisant une dénonciation contre l'appelant, l'intimée exerçait dans les faits une fonction judiciaire analogue à celle qu'exercent les procureurs généraux et les poursuivants.

Dans l'affaire *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270, un procureur de la Couronne était poursuivi pour inconduite en raison d'une accusation de fraude fiscale portée contre un accusé, qui en avait été acquitté par la suite. Le juge Kerans, au nom de la Cour d'appel de l'Alberta, a tenu pour acquis qu'il était possible d'intenter une action pour poursuites abusives, mais a tranché le litige en disant qu'on avait eu [TRADUCTION] «des motifs raisonnables et probables» d'engager les poursuites. L'action a donc été rejetée en vertu de la règle 129 des Rules of Civil Procedure de l'Alberta, laquelle ressemble à l'ancienne règle 126 de l'Ontario. Le juge Kerans dit dans ce contexte (à la p. 276):

> [TRADUCTION] La règle sur laquelle je me fonde est recommandable. Sans accorder l'immunité absolue proposée par Major et retenue par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Imbler v. Pachtman*, [. . .] elle offre une certaine protection contre le harcèlement auquel les avocats poursuivants seraient autrement exposés, parce qu'on ne pourrait pas aller de l'avant avec une action non fondée. Il paraîtrait étrange de choisir une stricte règle d'immunité de préférence à une règle efficace permettant la radiation.

Que le juge Kerans soit peu disposé à accepter l'existence d'une immunité absolue pour les poursuivants se dégage également des extraits suivants (aux pp. 277 et 286):

> [TRADUCTION] Supposons pour les fins de la discussion que, si un avocat continue, avec une intention malveillante, des poursuites qu'auparavant il a cru justifiées et sait maintenant injustifiées, il peut lui-même être poursuivi.

. . .

1989 CanLII 77 (SCC)

Counsel for the Attorney General who acts as his agent in the prosecution of a criminal case is not accountable in civil proceedings to the accused except possibly to the extent that it is alleged against him that he has not acted in good faith, and to that extent the allegation falls within the nominative tort of malicious prosecution . . . [Emphasis added.]

Therefore the Canadian position ranges from a strong assertion of absolute immunity in Ontario to an acceptance of the possibility of suing the Attorney General and Crown Attorneys if bad faith or malice can be proven as evidenced by the cases from Nova Scotia and Alberta. The situation in Quebec differs in that since 1966 the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, specifically provides for claims against the Crown in the following terms:

94. Any person having a claim to exercise against the Crown, whether it be a revendication of moveable or immoveable property, or a claim for the payment of moneys on an alleged contract, or for damages, or otherwise, may exercise it in the same manner as if it were a claim against a person of full age and capacity, subject only to the provisions of this chapter.

No provisions in this chapter prevent a suit for malicious prosecution against the Crown. However, the substantive issue of immunity of Crown prosecutors has not been finally determined.

3. *Immunity in the United States*

A consideration of the position in respect of prosecutorial immunity in the United States is vital both because it is relied extensively upon by the Court of Appeal in the case at bar, and because it has been the source of a healthy debate in courts and among academics in that country. This position is furthermore interesting since a variety of approaches have been proposed and many critical comments have been made.

i) The Functional Approach—*Imbler v. Pachtman*: "The Powell Judgment"

In 1972 Paul Imbler filed a claim under 42 U.S.C. § 1983 alleging that the prosecutor and various members of the police force conspired to

Le substitut du procureur général, qui agit au nom de ce dernier dans des poursuites criminelles, n'est pas comptable à l'accusé dans un recours civil, sauf peut-être dans la mesure où il y a allégation de mauvaise foi dans l'exercice de ses fonctions, savoir l'équivalent du délit civil nommé de poursuites abusives ... [Je souligne.]

La position canadienne varie donc entre une reconnaissance non équivoque de l'immunité absolue, en Ontario, et l'acceptation de la possibilité de poursuivre le procureur général et les procureurs de la Couronne si on peut prouver qu'il y a eu mauvaise foi ou malveillance de leur part, selon les décisions de la Nouvelle-Écosse et de l'Alberta. Dans le cas du Québec, la situation est tout à fait différente en ce que, depuis 1966, le *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, prévoit spécifiquement les recours contre la Couronne de la manière suivante:

94. Toute personne ayant un recours à exercer contre la Couronne, que ce soit la revendication de biens meubles ou immeubles, ou une réclamation en paiement de deniers en raison d'un contrat allégué, ou pour dommages, ou autrement, peut l'exercer de la même manière que s'il s'agissait d'un recours contre une personne majeure et capable, sous réserve seulement des dispositions du présent chapitre.

Aucune disposition du chapitre en question n'interdit d'actionner la Couronne pour poursuites abusives. Cependant, la question de fond de l'immunité des procureurs de la Couronne n'a pas été définitivement tranchée.

3. *L'immunité aux États-Unis*

Il importe au premier chef d'examiner la position américaine relativement à l'immunité du poursuivant parce que c'est en grande partie sur elle que s'est appuyée la Cour d'appel en l'espèce et aussi parce qu'elle a suscité une saine discussion devant les tribunaux et dans la doctrine aux États-Unis. Cette position a d'ailleurs ceci d'intéressant que plusieurs approches ont été proposées et de nombreuses critiques formulées à son égard.

i) L'approche fonctionnelle—*Imbler v. Pachtman*: «Les motifs du juge Powell»

En 1972, Paul Imbler a présenté une demande en vertu de 42 U.S.C. § 1983 dans laquelle il reprochait au poursuivant et à plusieurs policiers

1989 CanLII 77 (SCC)

cause him loss of liberty by allowing a witness to give false testimony, suppressing evidence, prosecuting with knowledge of an exculpatory lie-detector test and introducing an altered police artist's sketch. Section 1983 of the *Civil Rights Act* creates a federal damage action against anyone who acts under colour of state law to deprive a person of his civil rights as protected by the U.S. Constitution. Powell J., speaking for five members of the Supreme Court, held that a prosecutor is absolutely immune from s. 1983 actions when the actions arise out of the prosecutor's initiation of prosecution and presentation of the State's case. In addition, the Court seemed to suggest that absolute immunity also attached to activities that "were intimately associated with the judicial phase of the criminal process" (p. 430). The Court then adopted what has become known as the "functional approach" of prosecutorial immunity.

d'avoir comploté en vue de le priver de sa liberté en permettant à un témoin de donner un faux témoignage, en supprimant des éléments de preuve, en engageant des poursuites, tout en sachant que le résultat d'un test au détecteur de mensonges le disculpait, et en produisant en preuve un portrait-robot altéré. L'article 1983 de la *Civil Rights Act* prévoit une action fédérale en dommages-intérêts pouvant être exercée contre quiconque s'autorise d'une loi d'un État pour priver une personne des droits que lui garantit la Constitution des États-Unis. Le juge Powell, parlant au nom de cinq membres de la Cour suprême, a dit qu'un poursuivant bénéficie d'une immunité absolue contre des actions fondées sur l'art. 1983 lorsque celles-ci découlent de l'introduction des poursuites et de la présentation de la preuve de l'État par le poursuivant. De plus, la cour semble avoir reconnu également l'existence d'une immunité absolue à l'égard des activités [TRADUCTION] «intimement liées à la phase judiciaire du processus criminel» (p. 430). La cour a ensuite adopté relativement à l'immunité du poursuivant ce qu'on appelle «l'approche fonctionnelle».

The *Imbler* decision recognizes that prosecutors perform many functions in the course of fulfilling their duties, among them being the decision to initiate a prosecution, which witnesses to call, what other evidence to present, and obtaining, reviewing and evaluating evidence. The Court accepts that drawing a line between these functions is a difficult task but concludes that prosecutorial functions of a quasi-judicial or advocatory nature should be afforded absolute immunity. The Court refused to comment on whether a similar immunity attaches to what it called the "administrative" or "investigative" role of the prosecutor. In the course of justifying its position, the Court noted that the same policy considerations that afford absolute immunity to judges acting within the scope of their duties support a prosecutor's common law absolute immunity. The Court simply extended that line of reasoning to s. 1983 claims.

L'arrêt *Imbler* reconnaît qu'en s'acquittant de leurs fonctions, les poursuivants accomplissent un grand nombre de tâches, dont décider d'engager des poursuites, quels témoins citer et quelles autres preuves produire, ainsi qu'obtenir, examiner et apprécier des éléments de preuve. La cour convient qu'il est difficile de tracer une ligne de démarcation entre ces fonctions, mais conclut qu'il devrait y avoir une immunité absolue dans le cas des fonctions du poursuivant qui revêtent un caractère quasi judiciaire ou qui tiennent du rôle d'un avocat. Elle a refusé de se prononcer sur la question de savoir si le poursuivant jouit d'une immunité semblable dans son rôle «administratif» ou «d'enquêteur». Pour justifier ce point de vue, la cour fait remarquer que les raisons de principe qui justifient l'immunité absolue accordée aux juges agissant dans les limites de leurs fonctions fondent également l'immunité absolue des poursuivants en *common law*. La cour a simplement appliqué ce raisonnement aux demandes fondées sur l'art. 1983.

1989 CanLII 77 (SCC)

The policy considerations canvassed by the Court are familiar ones and can be summarized as follows:

1. Public Confidence

"The public trust of the prosecutor's office would suffer if he were constrained in making every decision by the consequences in terms of his own potential liability in a suit for damages."

2. Diversion from Duties

"... if the prosecutor could be made to answer in court each time such a person charged him with wrongdoing, his energy and attention would be diverted from the pressing duty of enforcing the criminal law."

3. Balancing of Evils

"... we find ourselves in agreement with Judge Learned Hand, who wrote of the prosecutor's immunity from actions for malicious prosecution:

> "... it has been thought in the end better to leave unredressed the wrongs done by dishonest officers than to subject those who try to do their duty to the constant dread of retaliation." *Gregoire* v. *Biddle*, 177 F. (2d) 579, 581 (CA2 1949) cert. denied, 339 U.S. 949 (1950)."

4. Other Available Remedies

"Even judges ... could be punished criminally for willful deprivations of constitutional rights ... The prosecutor would fare no better for his willful acts ... Moreover, a prosecutor stands perhaps unique, among officials whose acts could deprive persons of constitutional rights, in his amenability to professional discipline by an association of his peers."

(*Imbler*, *supra*, at pp. 424-29)

Therefore, Powell J. affirmed the judgment of the Court of Appeal for the Ninth Circuit and held that a prosecutor is absolutely immune from suit in initiating a prosecution and in presenting the State's case.

Les raisons de principe analysées par la cour sont bien connues et peuvent se résumer ainsi:

1. La confiance du public

[TRADUCTION] «La confiance du public dans les poursuivants serait diminuée si ces derniers se voyaient soumis à des contraintes chaque fois qu'ils prennent une décision, en raison de la possibilité de poursuites en dommages-intérêts.»

2. Le détournement des fonctions

[TRADUCTION] «... si le poursuivant pouvait être actionné chaque fois qu'une telle personne l'accusait d'inconduite, ses efforts et son attention seraient détournés de la tâche importante qu'est l'application du droit criminel.»

3. Le choix entre deux maux

[TRADUCTION] «... nous partageons l'avis du juge Learned Hand, qui a écrit au sujet de l'immunité du poursuivant contre les actions pour poursuites abusives:

> «on a finalement jugé préférable de laisser sans recours les fautes que peuvent commettre des fonctionnaires malhonnêtes plutôt que d'exposer ceux qui s'efforcent d'accomplir leur devoir à la menace constante de représailles». *Gregoire* v. *Biddle*, 177 F. (2d) 579, 581 (CA2 1949) *cert.* refusé; 339 U.S. 949 (1950).»

4. Les autres recours possibles

[TRADUCTION] «... Même les juges [...] pourraient s'attirer des sanctions pénales s'ils portaient volontairement atteinte à des droits constitutionnels [...] Il en serait de même du poursuivant pour des actes volontaires [...] De plus, un poursuivant est peut-être unique parmi les fonctionnaires dont les actes peuvent léser les droits constitutionnels d'individus parce qu'il peut faire l'objet de mesures disciplinaires prises par une association de ses pairs.»

(*Imbler*, précité, aux pp. 424 à 429)

Le juge Powell a donc confirmé l'arrêt de la Cour d'appel du Neuvième circuit et a statué qu'un poursuivant bénéficie d'une immunité absolue lorsqu'il engage des poursuites et présente la preuve de l'État.

1989 CanLII 77 (SCC)

ii) The Functional Approach—*Imbler v. Pachtman*: "The White Judgment"

While concurring with the judgment of Powell J. and much of his reasoning, White J. (Brennan and Marshall JJ. joining) would carve out an exception to the rule of absolute immunity for the unconstitutional suppression of evidence. In doing so White J. examined the rationale for granting absolute immunity to prosecutors at common law (at p. 442):

> The absolute immunity ... is designed to encourage [the prosecutors] to bring information to the court which will resolve the criminal case.... Lest they withhold valuable but questionable evidence or refrain from making valuable but questionable arguments, prosecutors are protected from liability for submitting before the court information later determined to have been false to their knowledge.

According to White J. immunity from suit based on the unconstitutional suppression of evidence would "stand this immunity rule on its head" (p. 442) by discouraging precisely the disclosure of evidence sought to be encouraged by the rule (at p. 443):

> A prosecutor seeking to protect himself from liability for failure to disclose evidence may be induced to disclose more than is required. But this will hardly injure the judicial process. Indeed, it will help it. Accordingly, lower courts have held that unconstitutional suppression of exculpatory evidence is beyond the scope of "duties constituting an integral part of the judicial process" and have refused to extend absolute immunity to suits based on such claims. *Hilliard v. Williams*, 465 F. 2d 1212, 1218 (CA6), cert. denied, 409 U.S. 1029 (1972) ....

White J.'s position then would limit the scope of absolute immunity but would not eliminate the theoretical underpinning of the Powell majority judgment, namely the functional approach to absolute immunity.

The functional approach has been criticized on a number of grounds. First, there is the ever present problem of line-drawing between functions that are quasi-judicial and those that are administrative

ii) L'approche fonctionnelle—*Imbler v. Pachtman*: «Les motifs du juge White»

Bien que souscrivant aux motifs du juge Powell et à une bonne partie de son raisonnement, le juge White (avec l'appui des juges Brennan et Marshall) était d'avis de créer une exception à la règle de l'immunité absolue pour les cas de suppression inconstitutionnelle d'éléments de preuve. À ce propos, le juge White a examiné la raison d'être de l'immunité absolue accordée aux poursuivants par la *common law* (à la p. 442):

> [TRADUCTION] L'immunité absolue [...] est destinée à encourager [les poursuivants] à présenter à la cour des renseignements qui permettront de régler l'affaire criminelle [...] De crainte qu'ils ne communiquent pas des éléments de preuve utiles mais douteux ou qu'ils s'abstiennent d'avancer des arguments utiles mais douteux, les poursuivants sont protégés contre la responsabilité du fait d'avoir soumis à la cour des renseignements dont on découvre par la suite qu'ils les savaient faux.

Selon le juge White, l'immunité contre une action fondée sur la suppression inconstitutionnelle d'éléments de preuve aurait pour effet de [TRADUCTION] «pervertir la règle de l'immunité» (p. 442) en décourageant précisément la production des éléments de preuve dont la règle vise à favoriser la production (à la p. 443):

> [TRADUCTION] Un poursuivant qui cherche à se protéger contre la responsabilité du fait de son omission de révéler des éléments de preuve pourrait être enclin à divulguer plus que ce qui est requis. Mais cela ne nuira guère au processus judiciaire. En fait, cela lui sera bénéfique. C'est pourquoi les juridictions inférieures ont dit que la suppression inconstitutionnelle de preuves disculpatoires ne relève pas des «fonctions faisant partie intégrante du processus judiciaire» et ont refusé d'accorder une immunité absolue contre les actions ayant une telle origine. *Hilliard v. Williams*, 465 F. 2d 1212, 1218 (CA6), *cert.* refusé, 409 U.S. 1029 (1972) ...

La position du juge White apporterait donc une restriction à l'immunité absolue sans pour autant écarter le fondement théorique des motifs de la majorité rédigés par le juge Powell, savoir l'approche fonctionnelle.

L'approche fonctionnelle a été critiquée à plusieurs titres. D'abord, il y a l'éternel problème du tracé de la ligne de démarcation entre les fonctions quasi judiciaires et les fonctions administratives ou

1989 CanLII 77 (SCC)

or investigative. Drawing the line is made more difficult by multi-faceted functions, functions that simultaneously serve quasi-judicial, administrative and investigative functions. (See Anthony Luppino, "Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity" (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487, at pp. 493-94.) Aside from the problem of distinguishing between prosecutorial functions, there is the conceptual difficulty in justifying differential treatment of malicious acts based on the criterion of function. If a prosecutor acts maliciously in the course of the prosecution of an accused, does it really matter whether the function being carried out is characterized as "quasi-judicial" or "administrative"?

An example of the difficulty with the functional approach is the disagreement in the lower courts in the United States over whether quasi-judicial absolute immunity extends to investigative functions of a prosecutor. In addition, and in light of the White concurring judgment in *Imbler*, there is disagreement over whether leaks of information and destruction or alteration of evidence are acts that are protected by absolute immunity: see cases cited by J. C. Filosa, "Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes," [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977, at pp. 985-86. In my view, these disagreements demonstrate the futility of attempting to differentiate between functions of a prosecutor in a principled way. The result is often arbitrary line-drawing which leads to seemingly unresolvable conflict and the diversion of attention from the central issue, namely whether or not a prosecutor has acted maliciously.

Second, it has been argued that the policy rationales supporting absolute immunity for prosecutors, derived as they are from judicial immunity, rely on an inaccurate reading of history. Filosa in his article challenges the derivation of the prosecutor's quasi-judicial immunity from s. 1983

d'enquête. Tracer cette ligne devient encore plus difficile dans le cas de fonctions multidimensionnelles, c'est-à-dire celles qui sont à la fois fonctions quasi judiciaires, administratives et fonctions d'enquête. (Voir Anthony Luppino, «Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity» (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487, aux pp. 493 et 494.) Outre le problème que pose la différenciation des diverses fonctions du poursuivant, il y a la difficulté conceptuelle à justifier que des actes malveillants soient jugés différemment par suite de l'application du critère de la fonction. Si un poursuivant fait preuve de malveillance dans le cadre de poursuites engagées contre un accusé, importe-t-il vraiment que la fonction exercée soit qualifiée de «quasi judiciaire» ou d'«administrative»?

Un exemple de la difficulté inhérente à l'approche fonctionnelle est le désaccord entre les juridictions inférieures des États-Unis sur la question de savoir si l'immunité absolue quasi judiciaire s'étend aux fonctions d'enquête d'un poursuivant. De plus, compte tenu des motifs concordants du juge White dans l'affaire *Imbler*, il y a divergence sur le point de savoir si les fuites de renseignements et la destruction ou l'altération d'éléments de preuve sont des actes bénéficiant de la protection d'une immunité absolue: voir la jurisprudence citée par J. C. Filosa, «Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes», [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977, aux pp. 985 et 986. À mon avis, ces désaccords démontrent la futilité de tenter de différencier les fonctions d'un poursuivant en ayant recours à quelque principe. Souvent cela n'aboutit qu'à l'établissement de lignes arbitraires qui amènent des conflits apparemment impossibles à régler et la question fondamentale, celle de savoir si un poursuivant a fait preuve de malveillance, est reléguée à l'arrière-plan.

Deuxièmement, on a prétendu que les raisons de principe invoquées comme fondement d'une immunité absolue pour les poursuivants, lesquelles dérivent du principe de l'immunité judiciaire, reposent sur une interprétation erronée de l'histoire. Dans son article, Filosa conteste l'idée que l'immunité quasi judiciaire du poursuivant contre les actions fondées sur l'art. 1983 découle de l'immunité abso-

1989 CanLII 77 (SCC)

claims from the absolute immunity of judges at common law (at pp. 980-81):

> In the sixteenth century, English judges were typically liable for their torts. Throughout the nineteenth century, judges remained liable for malicious conduct done without reasonable and probable cause. In America before *Bradley v. Fisher* [80 U.S. (13 Wall.) 335 (1872)], courts held many judicial officers liable for their wrongful acts .... Of the thirty-seven states in existence in 1871, thirteen had judicial immunity, six states held judges liable for malicious actions, nine had not taken a clear position, and nine had not faced the question.

Filosa goes on to argue that Congress could not have meant to incorporate a doctrine of absolute immunity into s. 1983 because *Bradley*, which firmly entrenched judicial immunity in the common law, was not decided until 1872, one year after the *Civil Rights Act of 1871* that contained s. 1983.

4. *Alternatives to Imbler*

i) The Functional Approach Reapproached

The difficulties in applying the functional test have led American courts and academic commentators to suggest alternatives or reassessments of the test. One such attempt has been described by its proponent as the "functional approach reapproached". (See Note, "Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits" (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173, at pp. 190-91.) This approach seeks to avoid a judicial hearing to determine whether a prosecutor's action is quasi-judicial. As such the test states that "the only duties clearly not entitled to quasi-judicial immunity are those so divorced from the judicial process that they could readily be assigned to another official who could be completely independent of the prosecutor" (see Note, loc. cit., at p. 191). This approach seeks to grant to the prosecutor absolute immunity in a wider sphere of activities in the hopes of clarifying the distinction between quasi-judicial and investigative activities. In my view, this modification still has the drawback of requiring a line to be drawn between

lue dont jouissaient les juges en *common law* (aux pp. 980 et 981):

> [TRADUCTION] Au seizième siècle, les juges anglais étaient en règle générale responsables des délits civils qu'ils commettaient. Tout au cours du dix-neuvième siècle, les juges continuaient à répondre de tout acte malveillant qu'ils accomplissaient sans motif raisonnable ou probable. Aux États-Unis, avant la décision *Bradley v. Fisher* [80 U.S. (13 Wall.) 335 (1872)], les tribunaux ont jugé beaucoup de fonctionnaires judiciaires responsables de leurs actes dommageables ... Sur les trente-sept États qui existaient en 1871, treize reconnaissaient l'immunité judiciaire, six tenaient les juges pour responsables de leurs actes malveillants, neuf n'avaient pas pris de position nette et neuf n'avaient pas abordé la question.

Filosa soutient ensuite que le Congrès n'a pas pu vouloir incorporer dans l'art. 1983 un principe d'immunité absolue parce que la décision *Bradley*, qui consacrait en *common law* la notion d'immunité judiciaire, n'a été rendue qu'en 1872, soit un an après l'adoption de la *Civil Rights Act of 1871*, dans laquelle figurait l'art. 1983.

4. *Positions de rechange face à l'arrêt Imbler*

i) Réexamen de l'approche fonctionnelle

Les difficultés d'application du critère fonctionnel ont amené les tribunaux et les commentateurs américains à proposer d'autres critères ou la réévaluation du critère existant. Une de ces propositions a été décrite par son auteur comme le [TRADUCTION] «réexamen de l'approche fonctionnelle». (Voir Note, «Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits» (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173, aux pp. 190 et 191.) On y cherche à éviter la tenue d'une audience judiciaire pour déterminer si l'acte du poursuivant revêt un caractère quasi judiciaire. Donc, suivant ce critère, [TRADUCTION] «les seules fonctions qui ne donnent manifestement pas lieu à une immunité quasi judiciaire sont celles qui sont à ce point étrangères au processus judiciaire qu'elles pourraient facilement être attribuées à un autre fonctionnaire totalement indépendant du poursuivant» (voir Note, *loc. cit.*, à la p. 191). Cette approche vise à accorder au poursuivant une immunité absolue dans des champs d'activité plus étendus, avec l'espoir de parvenir à préciser la

1989 CanLII 77 (SCC)

prosecutorial functions, a difficult task in itself. The modification, in seeking to make that task easier, errs on the side of including more activities within the realm of absolute prosecutorial immunity, a modification that, with respect, offers an immunity considerably wider than that given to judges from which prosecutorial immunity is allegedly derived.

ii) General Features Test: *Wilkinson v. Ellis*

In *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (E.D. Pa. 1980), the plaintiff alleged that a prosecutor destroyed a tape recorded interview with a man who admitted involvement in the alleged criminal activity, thereby exonerating the plaintiff. The prosecutor moved to dismiss the action, arguing that the destruction of evidence is a quasi-judicial act shielded by absolute immunity. The *Wilkinson* court refused to characterize the destruction as either investigative or quasi-judicial. Rather, it resolved the difficulty of classifying activities by asking whether the activity contained features "which generally characterize quasi-judicial activity" (p. 1083). In deciding that the destruction did not have the "general features" of quasi-judicial activity, the court identified three factors to be taken into account: (1) the activity's physical and temporal proximity to the judicial process; (2) the degree of dependence upon legal opinions and prosecutorial discretion involved in the conduct; and (3) whether the activity is primarily advocatory (p. 1080). This approach in my view, does little to get away from the inherent problems involved in categorizing prosecutorial actions.

iii) The *Imbler* "Umbrella"

This variation of the functional approach involves limiting the scope of the prosecutor's quasi-judicial function to conduct that falls within the

distinction entre les activités quasi judiciaires et les activités d'enquête. À mon avis, cette modification présente encore l'inconvénient d'obliger à tracer une ligne de démarcation entre les différentes fonctions du poursuivant, ce qui représente déjà une tâche difficile. En tentant de faciliter cette tâche, la modification pèche par l'extension de l'immunité absolue du poursuivant à un plus grand nombre d'activités et j'estime, avec égards, qu'elle offre au poursuivant une immunité nettement plus large que celle accordée aux juges, dont elle est censée dériver.

ii) Le critère des caractéristiques générales: *Wilkinson v. Ellis*

Dans l'affaire *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (E.D. Pa. 1980), le demandeur prétendait qu'un poursuivant avait détruit l'enregistrement d'une entrevue avec un homme qui avouait sa participation à l'acte criminel et qui en conséquence disculpait le demandeur. Le poursuivant a demandé le rejet de l'action, parce que la destruction d'éléments de preuve constitue un acte quasi judiciaire qui bénéficie d'une immunité absolue. La cour dans l'affaire *Wilkinson* a refusé de caractériser la destruction de la preuve comme un acte d'enquête ou un acte quasi judiciaire. Au lieu de cela, elle a résolu la difficulté de la classification des activités en se demandant si l'acte en cause comportait des traits [TRADUCTION] «qui caractérisent généralement les actes quasi judiciaires» (p. 1083). En décidant que la destruction de la preuve ne présentait pas les [TRADUCTION] «caractéristiques générales» d'un acte quasi judiciaire, la cour a énuméré trois facteurs à prendre en considération: (1) l'étroitesse du lien matériel et temporel de l'acte avec le processus judiciaire; (2) la part des opinions juridiques et du pouvoir discrétionnaire du poursuivant dans l'acte en cause; et (3) le fait que l'acte relève ou non principalement des fonctions d'un avocat (p. 1080). Cette approche, selon moi, ne contribue guère à résoudre les problèmes inhérents à la catégorisation des actes d'un poursuivant.

iii) Le «champ» de l'arrêt *Imbler*

Cette variante de l'approche fonctionnelle consiste à limiter l'étendue du rôle quasi judiciaire du poursuivant à la conduite qui s'inscrit dans les

1989 CanLII 77 (SCC)

narrowest confines of the *Imbler* test: in other words within the "umbrella" of coverage defined by the language of *Imbler*. Acts that are under the "umbrella" attract absolute immunity; all others receive at most qualified immunity. (See *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (5th Cir. 1980), *cert.* denied, 450 U.S. 913 (1981).) This approach merely re-states the categorization problem found in *Imbler*. The test requires a determination of what constitutes the coverage of the so-called "*Imbler* umbrella" and thereby takes us back to the original problem of line-drawing.

iv) The Harm Test

This variation of *Imbler* construes that decision broadly by granting absolute immunity to prosecutorial conduct that causes a defendant to "face prosecution, or to suffer imprisonment or pretrial detention". (See *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (2d Cir. 1981), at p. 453.) The test denies absolute immunity to prosecutorial conduct that inflicts harm independent of the prosecution itself. This approach looks to the effects of prosecutorial conduct and as such purports to reduce the issue to a factual determination of harms. If the harm is unrelated to the judicial phase of the criminal justice process then the prosecutorial act causing the harm is not quasi-judicial.

v) The Supplemental Functional Approach

This approach involves a two-step process: first, determining what conduct normally merits absolute or qualified immunity and second, in the remaining cases, identifying the substantive values affected by conduct that is not susceptible to traditional categorization. (See Luppino, loc. cit., at p. 505.) This variation recognizes that there will be occasions when conduct does not clearly fall into one of the two traditional categories: quasi-judicial and non-quasi-judicial. When conduct does not fall into either category explicit balancing of competing interests becomes necessary. In this respect,

limites les plus étroites du critère établi dans l'arrêt *Imbler* ou qui, en d'autres termes, relève du «champ» couvert par cet arrêt. Les actes compris dans ce «champ» bénéficient d'une immunité absolue; les autres donnent lieu tout au plus à une immunité restreinte. (Voir *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (5th Cir. 1980), *cert.* refusé, 450 U.S. 913 (1981).) Cette approche n'est autre qu'une reformulation du problème de classification qui se pose dans l'affaire *Imbler*. Il s'agit d'un critère qui exige la détermination de l'étendue de ce qu'on appelle le «champ de l'arrêt *Imbler*» et cela nous ramène au problème initial du tracé de lignes de démarcation.

iv) Le critère du préjudice

Cette variante du principe posé dans l'arrêt *Imbler* donne à cet arrêt une interprétation large en accordant une immunité absolue à l'égard de toute conduite du poursuivant par suite de laquelle un défendeur doit [TRADUCTION] «faire face à des poursuites ou subir l'incarcération ou la détention préventive». (Voir *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (2d Cir. 1981), à la p. 453.) Ce critère ne confère pas d'immunité absolue dans le cas d'une conduite de la part du poursuivant qui porte préjudice indépendamment des poursuites elles-mêmes. Cette approche tient compte des conséquences de la conduite du poursuivant et, de ce fait, vise à réduire la question à une détermination objective du préjudice. Si le préjudice n'a aucun rapport avec la phase judiciaire du processus de justice criminelle, l'acte dommageable du poursuivant ne revêt pas un caractère quasi judiciaire.

v) L'approche fonctionnelle complémentaire

Cette approche comporte deux étapes. D'abord, on doit décider quelle conduite mérite normalement une immunité absolue ou restreinte. Ensuite, dans les autres cas, il faut déterminer quelles valeurs fondamentales sont touchées par une conduite qui ne se prête pas à la classification traditionnelle. (Voir Luppino, *loc. cit.*, à la p. 505.) Cette variante reconnaît qu'il y a des situations où une conduite ne relève pas clairement de l'une des deux catégories traditionnelles: le quasi judiciaire et ce qui ne l'est pas. Lorsqu'une conduite ne tombe ni dans l'une ni dans l'autre catégorie, il

1989 CanLII 77 (SCC)

courts should weigh the cost to the judicial system resulting from the unredressed civil wrong against the cost to the efficiency of the criminal justice system. This approach recognizes that the *Imbler* functional approach cannot account for all prosecutorial functions; there will be some conduct that is multi-faceted and uncategorizable. As a result the approach resorts to a consideration of first principles, namely a balancing of the policy considerations both in favour and opposed to prosecutorial immunity in the first place. In short, we have come full circle.

The American position, in any of its forms, demonstrates the impracticality of the functional approach to prosecutorial immunity. In my view, the functional approach leads to arbitrary line drawing between prosecutorial functions. This line drawing exercise is made nearly impossible by the reality that many prosecutorial functions are multi-faceted and cannot be neatly categorized. Further, it must be noted that however one categorizes a prosecutor's function it is still that of the prosecutor. If it can be demonstrated that a prosecutor has acted without reasonable cause and has acted with malice then does it really matter which functions he was carrying out? In my view to decide the scope of immunity on the basis of categorization of functions is an unprincipled approach that obscures the central issue, namely whether the prosecutor has acted maliciously. If immunity is to be qualified it should be done in a manner other than by the drawing of lines between quasi-judicial and other prosecutorial functions.

5. *The English Position*

The position in respect of prosecutorial immunity in England is somewhat unique in that jurisdiction owing in part to the tradition of private prosecution. Private prosecutors have always been liable to suit for malicious prosecution though few, if any, reported cases exist. The Director of Public Prosecutions, who performs the same or similar

faut alors soupeser les intérêts en conflit. Dans ce contexte, il incombe aux tribunaux de mettre en balance le coût pour le système judiciaire d'un délit civil non réparé et le coût pour l'efficacité du système de justice criminelle. Cette démarche reconnaît que l'approche fonctionnelle de l'arrêt *Imbler* ne peut tenir compte de la totalité des fonctions du poursuivant; certains actes seront multidimensionnels et non susceptibles de catégorisation. Il faut donc recourir à l'examen des principes de base, c'est-à-dire soupeser les considérations d'intérêt public militant à l'origine pour ou contre l'immunité du poursuivant. En bref, nous revenons au point de départ.

La position américaine, sous ses diverses formes, démontre l'impraticabilité de l'approche fonctionnelle dans le domaine de l'immunité du poursuivant. À mon avis, cette approche conduit à tracer des lignes de démarcation arbitraires entre les diverses fonctions du poursuivant. Or, le tracé de ces lignes est rendu presque impossible du fait qu'un bon nombre des fonctions en question sont multidimensionnelles et ne peuvent pas être classées dans des catégories déterminées. Il faut souligner en outre que, peu importe la façon dont on caractérise telle ou telle fonction du poursuivant, elle n'en demeure pas moins une fonction du poursuivant. Si l'on peut prouver qu'un poursuivant a agi sans motif raisonnable et avec malveillance, les fonctions précises dont il s'acquittait importent-elles vraiment? Je suis d'avis qu'avoir recours à la catégorisation de fonctions pour déterminer l'étendue de l'immunité est une méthode qui ne repose sur aucun principe et qui embrouille la question fondamentale: celle de savoir si le poursuivant a fait preuve de malveillance. Si l'immunité doit être restreinte, il faut le faire autrement qu'en traçant des lignes de démarcation entre les fonctions quasi judiciaires et les autres fonctions du poursuivant.

5. *La position anglaise*

La position anglaise à l'égard de l'immunité du poursuivant est assez unique, en raison partiellement de la tradition des poursuites privées. Les poursuivants privés ont toujours été exposés à des actions pour poursuites abusives, quoiqu'il existe peu, ou point, de décisions publiées dans ce domaine. La charge d'avocat général (*Director of*

1989 CanLII 77 (SCC)

function as a Canadian provincial Attorney General, was not created until 1879. In *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), the Court said the following in respect of suits against the D.P.P. (at p. 941):

I do not wish to be taken as saying that there may never be a case where a prosecution has been initiated and pursued by the Director of Public Prosecutions in which it would be impossible for an acquitted defendant to succeed in an action for malicious prosecution, or as saying, that the existence of the Attorney General's fiat where required conclusively negates the existence of malice and conclusively proves that there was reasonable and probable cause for the prosecution. There may be cases where there has been, by even a responsible authority, the suppression of evidence which has led to a false view being taken by those who carried on a prosecution and by those who ultimately convicted.

The English position then, at the very least, leaves the door open for suits against the equivalent of our Attorneys General and Crown Attorneys when what is at issue is the suppression of evidence. It is apposite to note that this position is reflective of White J.'s concurring opinion in *Imbler*, *supra*, wherein he carved out an exception to the rule of absolute immunity for the unconstitutional suppression of evidence.

6. *Scotland*

It would appear that in Scotland the equivalent of our Attorney General and Crown Attorneys are absolutely immune from civil liability. In *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370, the court said at p. 377:

It is, therefore, an essential element in the very structure of our criminal administration in Scotland that the Lord Advocate is protected by an absolute privilege in respect of matters in connexion with proceedings brought before a Scottish Criminal Court by way of indictment .... Never in our history has a Lord Advocate been sued for damages in connexion with such proceedings. On the contrary, our Courts have consistently affirmed the existence of such immunity on his part.

Public Prosecutions), dont les fonctions sont identiques ou semblables à celles d'un procureur général provincial au Canada, n'a été créée qu'en 1879. Dans l'arrêt *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), la cour disait ceci quant aux actions intentées contre le D.P.P. (à la p. 941):

[TRADUCTION] Je ne voudrais pas qu'on interprète mes propos comme signifiant qu'il est impossible qu'un défendeur acquitté à l'issue de poursuites intentées par l'avocat général ait gain de cause dans une action pour poursuites abusives. Je ne dis pas non plus que l'autorisation du procureur général, lorsqu'elle est requise, efface péremptoirement toute trace de malveillance et constitue la preuve irréfutable que la poursuite était fondée sur un motif raisonnable et probable. On peut songer à des cas où il y a eu, même de la part d'une administration responsable, suppression d'éléments de preuve faussant la perception de ceux qui ont mené la poursuite et de ceux qui, finalement, ont prononcé la condamnation.

La position anglaise admet donc au moins la possibilité d'actions contre les homologues de nos procureurs généraux et procureurs de la Couronne lorsque la suppression d'éléments de preuve est en cause. Il convient de faire remarquer que cette position rejoint l'opinion concordante du juge White, dans l'affaire *Imbler*, précitée, qui a prévu une exception à la règle de l'immunité absolue dans le cas de la suppression inconstitutionnelle d'éléments de preuve.

6. *L'Écosse*

En Écosse, les homologues de nos procureurs généraux et procureurs de la Couronne paraissent jouir d'une immunité absolue contre la responsabilité civile. Dans l'affaire *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370, la cour dit, à la p. 377:

[TRADUCTION] L'immunité absolue du Lord Advocate relativement à tout ce qui se rapporte aux procédures engagées par voie de mise en accusation devant une instance criminelle écossaise est un élément essentiel de la structure même de l'administration criminelle en Écosse [...] Jamais un Lord Advocate n'a fait l'objet d'une action en dommages-intérêts par suite de telles procédures. Au contraire, nos tribunaux ont toujours maintenu son immunité.

1989 CanLII 77 (SCC)

The rationale underlying this comment has been disputed by Professor Edwards in *The Attorney General, Politics and the Public Interest* (1984) in which he argues that the Scottish rationale is based upon the idea that the Lord Advocate and his agents enjoy a constitutional trust which assumes good faith in commencing a prosecution, a rationale far removed from that invoked by the Ontario courts.

7. *Australia and New Zealand*

The position in respect of prosecutorial immunity in Australia and New Zealand is not clear. As far as I can determine, there does not seem to be any reported case on the issue.

Although the situation prevailing in European civil law jurisdictions is interesting, its application to the case at bar is of limited usefulness because of the wide differences between the civil law system and our common law tradition.

II. The Preferred Canadian Position

1. *The Role of the Attorney General and Crown Attorney*

Historically the Attorney General's role was that of legal adviser to the Crown and to the various departments of government. More specifically the principal function was and still is the prosecution of offenders. The appointment of Crown Attorneys as agents of the Attorney General, arose from the increasing difficulty of the Attorney General to attend effectively to all of his duties amid increases in population, and the expansion of settlement.

The office of the Crown Attorney has as its main function the prosecution of and supervision over indictable and summary conviction offences. The Crown Attorney is to administer justice at a local level and in so doing acts as agent for the Attorney General. Traditionally the Crown Attorney has been described as a "minister of justice" and "ought to regard himself as part of the Court rather than as an advocate". (Morris Manning, "Abuse of Power by Crown Attorneys," [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571, at p. 580, quoting Henry Bull, Q.C.) As regards the proper role of the

Le fondement de cette opinion a été contesté par le professeur Edwards qui, dans *The Attorney General, Politics and the Public Interest* (1984), soutient que la position écossaise repose sur l'idée que le Lord Advocate et ses représentants se sont vu confier un devoir constitutionnel qui suppose qu'ils agissent de bonne foi en engageant des poursuites, ce qui est bien différent de la justification invoquée par les tribunaux ontariens.

7. *L'Australie et la Nouvelle-Zélande*

La position de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande sur l'immunité du poursuivant n'est pas claire. À ma connaissance, aucun jugement publié ne traite de la question.

Malgré l'intérêt que peut présenter la situation dans les ressorts civilistes européens, elle n'a que peu d'utilité en l'espèce compte tenu des différences marquées entre le système de droit civil et la *common law*.

II. La position canadienne

1. *Le rôle du procureur général et du procureur de la Couronne*

Traditionnellement, le procureur général jouait le rôle de conseiller juridique auprès de la Couronne et des différents ministères du gouvernement. Plus spécifiquement, sa tâche principale consistait, et consiste encore, à poursuivre les délinquants. La nomination de procureurs de la Couronne pour représenter le procureur général tient au fait que ce dernier avait de plus en plus de difficulté à s'acquitter efficacement de toutes ses fonctions, devant l'accroissement de la population et l'expansion des régions habitées.

Le rôle premier du procureur de la Couronne consiste à poursuivre les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité et à exercer une surveillance à cet égard. Le procureur de la Couronne administre la justice au niveau local et, en cela, agit au nom du procureur général. Le procureur de la Couronne a traditionnellement été décrit comme un [TRADUCTION] «représentant de la justice» qui «devrait se considérer plus comme un fonctionnaire de la cour que comme un avocat». (Morris Manning, «Abuse of Power by Crown Attorneys», [1979] *L.S.U.C.*

1989 CanLII 77 (SCC)

Crown Attorney, perhaps no more often quoted statement is that of Rand J. in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 23-24:

> It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

Among the many powers of a prosecutor are the following: the power to detain in custody, the power to prosecute, the power to negotiate a plea, the power to charge multiple offences, the power of disclosure/non-disclosure of evidence before trial, the power to prefer an indictment, the power to proceed summarily or by indictment, the power to withdraw charges, and the power to appeal. (For a fuller description of the genesis and operation of these powers see Manning, loc. cit., at pp. 586-608, and P. Béliveau, J. Bellemare and J.-P. Lussier, *On Criminal Procedure* (1982), at pp. 69-83.)

With this background in mind, it is now necessary to turn to a consideration of the tort at issue, malicious prosecution, and the policy rationales in favour of an absolute immunity for the Attorney General and Crown Attorneys in respect of that tort.

2. *The Tort of Malicious Prosecution*

There are four necessary elements which must be proved for a plaintiff to succeed in an action for malicious prosecution:

Lectures 571, à la p. 580, citant Henry Bull, c.r.) Sur le rôle qui est propre au procureur de la Couronne, il n'y a probablement aucun passage qui soit aussi souvent cité que cet extrait des motifs du juge Rand dans l'affaire *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, aux pp. 23 et 24:

> [TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés: ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

Parmi les nombreux pouvoirs d'un poursuivant, on trouve notamment: le pouvoir de détenir préventivement, le pouvoir d'exercer des poursuites, le pouvoir de négocier sur le plaidoyer, le pouvoir de porter des accusations alléguant la perpétration de plusieurs infractions, le pouvoir de révéler ou de ne pas révéler la preuve avant le procès, le pouvoir de présenter un acte d'accusation, le pouvoir de procéder par voie sommaire ou par voie de mise en accusation, le pouvoir de retirer des accusations et le pouvoir d'interjeter appel. (Pour un exposé plus complet des origines et de l'exercice de ces pouvoirs, voir Manning, *loc. cit.*, aux pp. 586 à 608, et P. Béliveau, J. Bellemare et J.-P. Lussier, *Traité de procédure pénale* (1981), aux pp. 63 à 74).

Ayant ce contexte présent à l'esprit, il nous faut maintenant examiner le délit civil en cause, celui de poursuites abusives, ainsi que les considérations d'intérêt public militant en faveur d'une immunité absolue pour le procureur général et les procureurs de la Couronne relativement à ce délit civil.

2. *Le délit civil de poursuites abusives*

Le demandeur doit prouver quatre éléments pour obtenir gain de cause dans une action pour poursuites abusives:

1989 CanLII 7 (SCC)

a) the proceedings must have been initiated by the defendant;

b) the proceedings must have terminated in favour of the plaintiff;

c) the absence of reasonable and probable cause;

d) malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect.

(See J. G. Fleming, *The Law of Torts* (5th ed. 1977), at p. 598.)

The first two elements are straightforward and largely speak for themselves. The latter two elements require explicit discussion. Reasonable and probable cause has been defined as "an honest belief in the guilt of the accused based upon a full conviction, founded on reasonable grounds, of the existence of a state of circumstances, which, assuming them to be true, would reasonably lead any ordinarily prudent and cautious man, placed in the position of the accuser, to the conclusion that the person charged was probably guilty of the crime imputed" (*Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, at p. 171, Hawkins J.)

This test contains both a subjective and objective element. There must be both actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances. The existence of reasonable and probable cause is a matter for the judge to decide as opposed to the jury.

The required element of malice is for all intents, the equivalent of "improper purpose". It has according to Fleming, a "wider meaning than spite, ill-will or a spirit of vengeance, and includes any other improper purpose, such as to gain a private collateral advantage" (Fleming, op. cit., at p. 609). To succeed in an action for malicious prosecution against the Attorney General or Crown Attorney, the plaintiff would have to prove both the absence of reasonable and probable cause in commencing the prosecution, and malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or Crown Attorney, a use inconsistent with the status of "minister of jus-

a) les procédures ont été engagées par le défendeur;

b) le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur;

c) l'absence de motif raisonnable et probable;

d) l'intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi.

(Voir J. G. Fleming, *The Law of Torts* (5e éd. 1977), à la p. 598.)

Les deux premiers éléments sont clairs et, d'une manière générale, se passent d'explication. Les deux derniers en revanche exigent une analyse détaillée. Un motif raisonnable et probable a été décrit comme [TRADUCTION] «la croyance de bonne foi en la culpabilité de l'accusé, basée sur la certitude, elle-même fondée sur des motifs raisonnables, de l'existence d'un état de faits qui, en supposant qu'ils soient exacts, porterait raisonnablement tout homme normalement avisé et prudent, à la place de l'accusateur, à croire que la personne inculpée était probablement coupable du crime en question» (*Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, à la p. 171, le juge Hawkins).

Ce critère comporte à la fois un élément subjectif et un élément objectif. Il doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances. La question de l'existence d'un motif raisonnable et probable est à décider par le juge et non par le jury.

L'élément obligatoire de malveillance équivaut en réalité à un «but illégitime». D'après Fleming, la malveillance [TRADUCTION] «veut dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime, par exemple, celui de se ménager accessoirement un avantage personnel» (Fleming, *op. cit.*, à la p. 609). Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l'absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d'un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de pro-

1989 CanLII 77 (SCC)

tice". In my view this burden on the plaintiff amounts to a requirement that the Attorney General or Crown Attorney perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice. In fact, in some cases this would seem to amount to criminal conduct. (See for example breach of trust, s. 122, conspiracy re: false prosecution s. 465(1)(*b*), obstructing justice s. 139(2) and (3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.)

Further, it should be noted that in many, if not all cases of malicious prosecution by an Attorney General or Crown Attorney, there will have been an infringement of an accused's rights as guaranteed by ss. 7 and 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

By way of summary then, a plaintiff bringing a claim for malicious prosecution has no easy task. Not only does the plaintiff have the notoriously difficult task of establishing a negative, that is the absence of reasonable and probable cause, but he is held to a very high standard of proof to avoid a non-suit or directed verdict (see Fleming, op. cit., at p. 606, and *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466, at pp. 469-71). Professor Fleming has gone so far as to conclude that there are built-in devices particular to the tort of malicious prosecution to dissuade civil suits (at p. 606):

> The disfavour with which the law has traditionally viewed the action for malicious prosecution is most clearly revealed by the hedging devices with which it has been surrounded in order to deter this kind of litigation and protect private citizens who discharge their public duty of prosecuting those reasonably suspected of crime.

3. *Policy Considerations*

In light of what I have said regarding the role of the prosecutor in Canada, and the tort of malicious

cureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de «représentant de la justice». À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. En fait il semble que, dans certains cas, cela équivaille à une conduite criminelle. (Voir, par exemple, l'abus de confiance, art. 122, le complot en vue d'engager des poursuites injustifiées, al. 465(1)*b*), l'entrave à la justice, par. 139(2) et (3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46.)

Notons en outre que bien souvent, sinon toujours, les cas de poursuites abusives exercées par un procureur général ou un procureur de la Couronne, comporteront une atteinte aux droits garantis à l'accusé par les art. 7 et 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Pour résumer donc, un demandeur qui intente une action pour poursuites abusives ne se lance pas dans une entreprise facile. Il doit non seulement s'acquitter de la tâche notoirement difficile de prouver un fait négatif, c'est-à-dire l'absence de motif raisonnable et probable, mais il doit également satisfaire à une norme très élevée en matière de preuve s'il veut éviter le non-lieu ou le verdict imposé (voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 606, et *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466, aux pp. 469 à 471). Le professeur Fleming va même jusqu'à conclure que le délit civil de poursuites abusives comporte certaines particularités destinées à décourager les actions civiles (à la p. 606):

> [TRADUCTION] La désapprobation que le droit a traditionnellement manifestée à l'égard de l'action pour poursuites abusives ressort le plus nettement des restrictions qui lui ont été apportées afin de faire obstacle à ce type d'actions et de protéger les particuliers qui s'acquittent de leur devoir public de poursuivre les personnes raisonnablement soupçonnées d'avoir commis des crimes.

3. *Les considérations d'intérêt public*

Compte tenu de ce que j'ai dit concernant le rôle du poursuivant au Canada et le délit civil de

1989 CanLII 77 (SCC)

prosecution, it now is necessary to assess the policy rationales. I would begin by noting that even those decisions that have come out firmly in favour of absolute immunity have described the rule as "troubling", a "startling proposition", "strained and difficult to sustain" (see *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513 (Ont. C.A.), at p. 531, and *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), at p. 794).

It is said by those in favour of absolute immunity that the rule encourages public trust and confidence in the impartiality of prosecutors. However, it seems to me that public confidence in the office of a public prosecutor suffers greatly when the person who is in a position of knowledge in respect of the constitutional and legal impact of his conduct is shielded from civil liability when he abuses the process through a malicious prosecution. The existence of an absolute immunity strikes at the very principle of equality under the law and is especially alarming when the wrong has been committed by a person who should be held to the highest standards of conduct in exercising a public trust. (See Filosa, loc. cit., at p. 982, and Marilyn L. Pilkington, "Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1984), 62 *Can. Bar. Rev.* 517, at pp. 560-61.)

Regard must also be had for the victim of the malicious prosecution. The fundamental flaw with an absolute immunity for prosecutors is that the wrongdoer cannot be held accountable by the victim through the legal process. As I have stated earlier, the plaintiff in a malicious prosecution suit bears a formidable burden of proof and in those cases where a case can be made out, the plaintiff's *Charter* rights may have been infringed as well. Granting an absolute immunity to prosecutors is akin to granting a license to subvert individual rights. Not only does absolute immunity negate a private right of action, but in addition, it seems to me, it may be that it would effectively bar the seeking of a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. It seems clear that in using his office to maliciously prosecute an accused, the prosecutor would be depriving an individual of the right to

poursuites abusives, nous devons examiner maintenant les considérations d'intérêt public. Je commence par souligner que même les décisions prenant fermement position en faveur de l'immunité absolue ont qualifié cette règle de [TRADUCTION] «inquiétante», «alarmante», et «forcée et difficilement justifiable» (voir *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513 (C.A. Ont.), à la p. 531, et *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), à la p. 794).

Les partisans de la règle de l'immunité absolue soutiennent qu'elle favorise la confiance du public dans l'impartialité des poursuivants. Il me semble toutefois que la confiance du public dans l'institution du poursuivant public diminue beaucoup lorsque la personne qui est en mesure de connaître l'impact constitutionnel et juridique de sa conduite est mise à l'abri de la responsabilité civile quand elle abuse du processus en engageant des poursuites abusives. L'immunité absolue va à l'encontre du principe même de l'égalité devant la loi et elle est particulièrement inquiétante lorsqu'il s'agit d'une faute commise par une personne qui devrait être tenue à une conduite exemplaire dans l'exercice de sa charge publique. (Voir Filosa, *loc. cit.*, à la p. 982, et Marilyn L. Pilkington, «Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1984), 62 *R. du B. can.* 517, aux pp. 560 et 561.)

On doit penser également à la victime des poursuites abusives. La notion d'immunité absolue des poursuivants présente cette faille fondamentale que l'auteur du délit civil ne peut être obligé par la victime d'en répondre devant les tribunaux. Comme je l'ai déjà dit, la charge de la preuve incombant au demandeur dans une action pour poursuites abusives est extrêmement lourde et, dans les cas où il est en mesure d'établir sa cause, il est possible qu'il ait aussi été victime d'une atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. Accorder aux poursuivants une immunité absolue revient à leur donner toute latitude pour léser les droits individuels. Non seulement l'immunité absolue réduit à néant le droit des particuliers d'intenter des actions, mais en outre, me semble-t-il, il se peut qu'elle rende impossible l'exercice d'un recours en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Il

1989 CanLII 77 (SCC)

liberty and security of the person in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice. Such an individual would normally have the right under s. 24(1) of the *Charter* to apply to a court of competent jurisdiction to obtain a remedy that the court considers appropriate and just if he can establish that one of his *Charter* rights has been infringed. The question arises then, whether s. 24(1) of the *Charter* confers a right to an individual to seek a remedy from a competent court. In my view it does. When a person can demonstrate that one of his *Charter* rights has been infringed, access to a court of competent jurisdiction to seek a remedy is essential for the vindication of a constitutional wrong. To create a right without a remedy is antithetical to one of the purposes of the *Charter* which surely is to allow courts to fashion remedies when constitutional infringements occur. Whether or not a common law or statutory rule can constitutionally have the effect of excluding the courts from granting the just and appropriate remedy, their most meaningful function under the *Charter*, does not have to be decided in this appeal. It is, in any case, clear that such a result is undesirable and provides a compelling underlying reason for finding that the common law itself does not mandate absolute immunity.

It is also said in favour of absolute immunity that anything less would act as a "chilling effect" on the Crown Attorney's exercise of discretion. It should be noted that what is at issue here is not the exercise of a prosecutor's discretion within the proper sphere of prosecutorial activity as defined by his role as a "minister of justice". Rather, in cases of malicious prosecution we are dealing with allegations of misuse and abuse of the criminal process and of the office of the Crown Attorney. We are not dealing with merely second-guessing a Crown Attorney's judgment in the prosecution of a case but rather with the deliberate and malicious

semble évident qu'en se prévalant de son poste pour engager des poursuites abusives contre un accusé, le poursuivant porte atteinte au droit d'un individu à la liberté et à la sécurité de sa personne, et ce, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. À condition de prouver la violation d'un de ses droits garantis par la *Charte*, cet individu jouirait normalement aux termes du par. 24(1) de la *Charte* du droit de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que ce tribunal estime convenable et juste. La question qui se pose est donc de savoir si le par. 24(1) de la *Charte* confère aux particuliers le droit de demander une réparation au tribunal compétent. Personnellement, je crois que oui. Quand une personne peut démontrer qu'elle a été victime d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte*, il est indispensable pour assurer la sanction de cette violation de la Constitution que la personne en question puisse s'adresser au tribunal compétent afin d'obtenir réparation. Créer un droit sans prévoir de redressement heurte de front l'un des objets de la *Charte* qui permet assurément aux tribunaux d'accorder une réparation en cas de violation de la Constitution. Nous n'avons pas à trancher dans ce pourvoi la question de savoir si une règle de droit découlant de la *common law* ou d'un texte législatif peut constitutionnellement empêcher les tribunaux d'accorder une réparation juste et convenable, ce qui est leur fonction la plus importante sous le régime de la *Charte*. De toute façon, il est évident qu'un tel résultat n'est pas souhaitable et constitue une raison puissante et fondamentale de conclure que la *common law* elle-même ne prévoit pas d'immunité absolue.

On soutient en outre que reconnaître moins que l'immunité absolue aurait un «effet paralysant» sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur de la Couronne. Notons que ce dont il s'agit ici n'est pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un poursuivant dans sa sphère légitime d'activité, telle que définie par son rôle de «représentant de la justice». En effet, dans des cas de poursuites abusives il s'agit plutôt d'allégations d'abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne. Il ne s'agit pas d'une simple évaluation rétrospective de la sagesse de la décision du procureur de la Couronne d'engager des poursui-

1989 CanLII 77 (SCC)

use of the office for ends that are improper and inconsistent with the traditional prosecutorial function.

Therefore it seems to me that the "chilling effect" argument is largely speculative and assumes that many suits for malicious prosecution will arise from disgruntled persons who have been prosecuted but not convicted of an offence. I am of the view that this "flood-gates" argument ignores the fact that one element of the tort of malicious prosecution requires a demonstration of improper motive or purpose; errors in the exercise of discretion and judgment are not actionable. Furthermore, there exist built-in deterrents on bringing a claim for malicious prosecution. As I have noted, the burden on the plaintiff is onerous and strict. The fact that the absence of reasonable cause is a matter of law to be decided by a judge means that an action for malicious prosecution can be struck before trial as a matter of substantive inadequacy (see Rule 21.01 of the Ontario Rules of Civil Procedure for example). In fact this was the approach adopted by Kerans J.A. in *German v. Major*, *supra*. I agree with Kerans J.A. that "[i]t would indeed be a curious thing if we chose a stern immunity rule in preference to an effective striking-out rule" (p. 276). In addition most jurisdictions, including Ontario, have provisions that allow a defendant to move for summary judgment before a full-fledged trial takes place (see for example Rule 20 in Ontario). Finally, the potential that costs will be awarded to the defendant if an unmeritorious claim is brought acts as financial deterrent to meritless claims. Therefore, ample mechanisms exist within the system to ensure that frivolous claims are not brought. In fact, the difficulty in proving a claim for malicious prosecution itself acts as a deterrent. This high threshold of liability is evidenced by the small number of malicious prosecution suits brought against police officers each year. In addition, since 1966, the province of Quebec permits suits against the Attorney General and Crown prosecutors without any evi-

tes; mais plutôt l'exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant.

Il me semble en conséquence que l'argument fondé sur «l'effet paralysant» est largement spéculatif et suppose que de nombreuses actions pour poursuites abusives seront intentées par des personnes dépitées qui, ayant été poursuivies, n'ont été reconnues coupables d'aucune infraction. Je suis d'avis que cet argument qui agite le spectre d'une «avalanche» d'actions ne tient pas compte du fait que le délit civil de poursuites abusives exige la preuve d'un motif ou d'un but illégitimes; les erreurs commises dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire et les erreurs de jugement ne donnent pas lieu à des actions en justice. D'autre part, l'action pour poursuites abusives comporte ses propres moyens de dissuasion. Comme je l'ai déjà dit, la charge de la preuve incombant au demandeur est lourde et stricte. Puisque l'absence de motif raisonnable est une question de droit à décider par le juge, une action pour poursuites abusives peut être radiée pour absence de fondement suffisant (voir la règle 21.01 des Règles de procédure civile de l'Ontario, par exemple). C'est précisément cette démarche qu'a adoptée le juge Kerans de la Cour d'appel dans l'arrêt *German v. Major*, précité. Je suis d'accord avec le juge Kerans que [TRADUCTION] «[i]l paraîtrait étrange de choisir une stricte règle d'immunité de préférence à une règle efficace permettant la radiation» (p. 276). En outre, dans la plupart des ressorts, y compris l'Ontario, il existe des dispositions autorisant un défendeur à présenter une requête en jugement sommaire avant la tenue d'une instruction complète (voir, par exemple, la règle 20 en Ontario). Finalement, la possibilité de l'adjudication de dépens au défendeur aura un effet préventif contre les poursuites frivoles. Il existe donc à l'intérieur du système tous les mécanismes voulus pour prévenir les actions frivoles. En fait, la difficulté de prouver une allégation de poursuites abusives constitue elle-même un empêchement. Que le seuil de responsabilité en matière de poursuites abusives soit très élevé est confirmé par le peu d'actions de ce genre intentées chaque année contre des policiers. Par ailleurs, la province de Québec permet les actions contre le procureur général et les procureurs de la Couronne

1989 CanLII 77 (SCC)

dence of a flood of claims. Therefore, I find unpersuasive the claim that absolute immunity is necessary to prevent a flood of litigation.

As for alternative remedies available to persons who have been maliciously prosecuted, none seem to adequately redress the wrong done to the plaintiff. The use of the criminal process against a prosecutor who in the course of a malicious prosecution has committed an offence under the *Criminal Code*, addresses itself mainly to the vindication of a public wrong not the affirmation of a private right of action. Of special interest in this regard is s. 737 of the *Criminal Code* which deals with the making of a probation order. Section 737(2) stipulates that certain conditions may be prescribed in a probation order, one of them being that the convicted person "make restitution or reparation to any person aggrieved or injured by the commission of the offence for the actual loss or damage sustained by that person as a result thereof" (s. 737(2)(*e*)). This section would seem to be an indirect method of at least partially remedying a wrong done to an individual as a result of a malicious prosecution. However the section is only operative when an accused has been convicted of an offence and when a probation order is made. In addition, the Court's power to award compensation to a victim is limited to damages that are relatively concrete and ascertainable. (See *R. v. Groves* (1977), 37 C.C.C. (2d) 429 (Ont. H.C.)) As such it would seem a rather inadequate substitute for a private right of action. I do however pause to note that many cases of genuine malicious prosecution will also be offences under the *Criminal Code*, and it seems rather odd if not incongruous for reparation to be possible through a probation order but not through a private right of action.

Further, the use of professional disciplinary proceedings, while serving to some extent as punishment and deterrence, do not address the central issue of making the victim whole again. And as has already been noted, it is quite discomforting to realize that the existence of absolute immunity may bar a person whose *Charter* rights have been

depuis 1966 sans que cela ait provoqué une avalanche d'actions. En conséquence, je tiens pour peu convaincant l'argument selon lequel l'immunité absolue s'impose pour éviter une avalanche de litiges.

Des autres recours qui s'offrent aux personnes visées par des poursuites abusives, aucun ne semble adéquat pour réparer le préjudice subi. L'exercice de poursuites criminelles contre un poursuivant qui, dans le cadre de poursuites abusives, commet une infraction au *Code criminel*, vise surtout le redressement d'un tort public et n'a rien à voir avec un droit privé d'action. L'article 737 du *Code criminel*, portant sur le prononcé d'une ordonnance de probation, est particulièrement intéressant à cet égard. Aux termes du par. 737(2), une ordonnance de probation peut prescrire certaines conditions, dont l'obligation de la part du coupable de «faire restitution ou réparation, à toute personne lésée ou blessée du fait de l'infraction, de la perte ou du dommage véritables soufferts de ce fait par cette personne» (al. 737(2)*e*)). Cette disposition semble constituer un moyen indirect de réparer, du moins partiellement, le préjudice occasionné à un individu par des poursuites abusives. L'alinéa en question ne joue cependant que lorsqu'un accusé est déclaré coupable d'une infraction et qu'une ordonnance de probation est rendue. De plus, le pouvoir du tribunal d'accorder une indemnisation à une victime se limite aux dommages qui sont relativement concrets et déterminables (voir *R. v. Groves* (1977), 37 C.C.C. (2d) 429 (H.C. Ont.)) Ce pouvoir paraît donc se substituer assez mal à un droit privé d'action. Je fais remarquer toutefois que bien des cas de poursuites abusives véritables constitueront également des infractions au *Code criminel* et il semble plutôt curieux, voire absurde, qu'une réparation puisse être obtenue par le biais d'une ordonnance de probation, mais non par l'exercice d'un droit privé d'action.

En outre, les procédures disciplinaires professionnelles, quoique possédant un certain caractère punitif et dissuasif, n'atteignent pas le but principal qui est de remettre la victime dans son état antérieur et, ainsi que je l'ai déjà indiqué, il serait inquiétant que l'existence d'une immunité absolue puisse empêcher la victime d'une violation des

1989 CanLII 77 (SCC)

infringed from applying to a competent court for a just and appropriate remedy in the form of damages.

III. Conclusion

A review of the authorities on the issue of prosecutorial immunity reveals that the matter ultimately boils down to a question of policy. For the reasons I have stated above I am of the view that absolute immunity for the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, is not justified in the interests of public policy. We must be mindful that an absolute immunity has the effect of negating a private right of action and in some cases may bar a remedy under the *Charter*. As such, the existence of absolute immunity is a threat to the individual rights of citizens who have been wrongly and maliciously prosecuted. Further, it is important to note that what we are dealing with here is an immunity from suit for malicious prosecution; we are not dealing with errors in judgment or discretion or even professional negligence. By contrast the tort of malicious prosecution requires proof of an improper purpose or motive, a motive that involves an abuse or perversion of the system of criminal justice for ends it was not designed to serve and as such incorporates an abuse of the office of the Attorney General and his agents the Crown Attorneys.

There is no doubt that the policy considerations in favour of absolute immunity have some merit. But in my view those considerations must give way to the right of a private citizen to seek a remedy when the prosecutor acts maliciously in fraud of his duties with the result that he causes damage to the victim. In my view the inherent difficulty in proving a case of malicious prosecution combined with the mechanisms available within the system of civil procedure to weed out meritless claims is sufficient to ensure that the Attorney General and Crown Attorneys will not be hindered in the proper execution of their important public duties. Attempts to qualify prosecutorial immunity in the United States by the so-called functional approach and its many variations have proven to be unsuccessful and unprincipled as I have previously

droits garantis par la *Charte* de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir une réparation juste et convenable sous la forme de dommages-intérêts.

III. Conclusion

Il ressort de l'examen de la jurisprudence sur la question de l'immunité du poursuivant qu'il s'agit en définitive d'une question d'intérêt public. Pour les raisons déjà exposées, j'estime qu'une immunité absolue pour le procureur général et ses mandataires, les procureurs de la Couronne, n'est pas justifiée par l'intérêt public. Il ne faut pas oublier que l'immunité absolue entraîne la négation d'un droit privé d'action et, dans certains cas, pourrait rendre impossible un recours fondé sur la *Charte*. L'existence d'une immunité absolue menace donc les droits individuels de citoyens poursuivis à tort et abusivement. De plus, il importe de souligner qu'il s'agit ici d'une immunité contre des actions pour poursuites abusives; il n'est question ni d'erreurs de jugement, ni d'erreurs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ni même de négligence professionnelle. Dans le cas du délit civil de poursuites abusives, par contre, on doit prouver l'existence d'un but ou d'un motif illégitime, motif qui constitue un abus ou une perversion du système de justice criminelle à des fins auxquelles il n'est pas destiné et qui, en tant que tel, comporte un abus des pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne qui agissent en son nom.

Il ne fait pas de doute que les considérations d'intérêt public invoquées en faveur de l'immunité absolue ont une certaine légitimité. J'estime toutefois que ces considérations doivent céder le pas au droit d'un particulier de chercher à obtenir une réparation quand il subit un préjudice du fait que le poursuivant a agi avec malveillance dans l'exercice abusif de ses fonctions. À mon avis, la difficulté à faire la preuve de poursuites abusives ainsi que les mécanismes qui permettent, dans le système de procédure civile, d'écarter les actions non fondées suffisent pour que le procureur général et les procureurs de la Couronne ne soient pas entravés dans l'exécution efficace de leurs importantes charges publiques. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, les tentatives américaines de limiter l'immunité du poursuivant par le recours à ce

1989 CanLII 77 (SCC)

noted. As a result I conclude that the Attorney General and Crown Attorneys do not enjoy an absolute immunity in respect of suits for malicious prosecution. I would therefore dismiss the appeal as against the Crown, there being no order as to costs. I would allow the appeal as against the Attorney General with costs and direct that the matter be returned to the Supreme Court of Ontario for trial of the claim against the Attorney General.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—This appeal concerns the question of the liability of the Crown and the Attorney General of the province in a suit for malicious prosecution arising out of the institution of criminal proceedings, charges of murder, brought against the appellant.

In March, 1981, the appellant, then a nurse at the Toronto Hospital for Sick Children, was charged with the murder of four infant patients. At the conclusion of her preliminary hearing, the Provincial Court Judge who conducted the proceedings discharged the appellant upon a finding of an absence of evidence: (1982), 16 C.C.C. (3d) 97. The appellant later commenced an action against the Crown in right of Ontario, the Attorney General for Ontario, and several police officers, alleging that the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, counselled, aided and abetted the police in charging and prosecuting the plaintiff, and that in so doing the Attorney General, the Crown Attorneys, and police were acting as agents for the Crown in right of Ontario. It was also alleged that in the prosecution the Attorney General and the Crown Attorneys were actuated by malice while acting as agents for the Crown. Proceedings were later discontinued against the police officers and the Crown Attorneys were not named as defendants. The Crown and the Attorney General remained the only defendants and are the respondents in this Court.

qu'on appelle l'approche fonctionnelle et aux nombreuses variantes de cette approche ont échoué et n'ont aucun fondement dans les principes. Je conclus en conséquence que le procureur général et les procureurs de la Couronne ne jouissent pas d'une immunité absolue relativement aux actions pour poursuites abusives. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la Couronne, sans adjudication de dépens. Je suis par ailleurs d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne le procureur général, avec dépens, et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée à la Cour suprême de l'Ontario pour qu'elle instruise l'action intentée contre le procureur général.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi pose la question de la responsabilité de la Couronne et du procureur général de la province dans une action pour poursuites abusives résultant des procédures criminelles engagées contre l'appelante relativement à des accusations de meurtre.

L'appelante était infirmière au Hospital for Sick Children de Toronto lorsqu'au mois de mars 1981, elle a été accusée du meurtre de quatre patients en bas âge. À l'issue de son enquête préliminaire, le juge de la Cour provinciale qui présidait l'audience l'a acquittée faute de preuve: (1982), 16 C.C.C. (3d) 97. L'appelante a par la suite intenté une action contre la Couronne du chef de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario ainsi que plusieurs policiers, alléguant que le procureur général et ses représentants, les procureurs de la Couronne, avaient conseillé à la police de porter des accusations contre la demanderesse et l'avaient aidée et encouragée à le faire et à engager contre elle des poursuites, et que, ce faisant, le procureur général, les procureurs de la Couronne et la police agissaient au nom de la Couronne du chef de l'Ontario. Elle a également allégué que, dans la conduite des poursuites, le procureur général et les procureurs de la Couronne avaient agi avec malveillance en leur qualité de représentants de la Couronne. Il y a eu par la suite désistement de l'action contre les policiers, et les procureurs de la Couronne n'ont pas été désignés défendeurs. La Couronne et le procureur général sont donc restés les seuls défendeurs à l'instance: ce sont les intimés devant cette Cour.

1989 CanLII 77 (SCC)

Before trial, the respondents moved to have the action dismissed under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice, on the ground that the pleadings disclosed no reasonable cause of action and, in the alternative, for leave under Rule 124 to set down a point of law raised in the pleadings and to argue the same on the return of the motion. Rule 124 and Rule 126 are set out hereunder:

124. Either party is entitled to raise by his pleadings any point of law, and by consent of the parties or by leave of a judge, the point of law may be set down for hearing at any time before the trial, otherwise it shall be disposed of at the trial.

126. A judge may order any pleading to be struck out on the ground that it discloses no reasonable cause of action or answer, and in any such case, or in case of the action or defence being shown to be frivolous or vexatious, may order the action to be stayed or dismissed, or judgment to be entered accordingly.

The question of law for which leave was sought was in these terms:

A defendant in a preliminary inquiry held under the provisions of the Criminal Code of Canada and discharged thereof has no cause of action based in malicious prosecution or negligence against the Crown Attorneys conducting such proceedings or as against those in law responsible for their conduct.

Fitzpatrick J., of the Supreme Court of Ontario, allowed the motion and struck out the statement of claim. In doing so, he seems to have acted under Rule 126. He concluded on the basis of two decisions of the Supreme Court of Ontario (*Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 (Ont. H.C.), and *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559 (Ont. H.C.)), that the Attorney General for Ontario has an absolute immunity from civil action while performing his duties as a public prosecutor, even if he acted maliciously. He concluded that the immunity had not been removed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and allowed the motion and struck out the statement of claim.

Avant le procès, les intimés ont demandé, par requête en vertu de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario, le rejet de l'action au motif que les actes de procédure ne révélaient aucune cause raisonnable d'action. Subsidiairement, ils demandaient, en application de la règle 124, la tenue, d'une audition afin de faire valoir leur argumentation sur une question de droit soulevée dans les actes de procédure. Les règles 124 et 126 prévoient:

[TRADUCTION] **124.** Toute partie peut, dans un acte de procédure, soulever une question de droit et, avec le consentement des parties ou l'autorisation de la Cour, la question de droit ainsi soulevée peut faire l'objet d'une audition en tout temps avant l'instruction, sinon elle est décidée au cours de l'instruction.

126. Un juge peut ordonner la radiation de tout acte de procédure au motif qu'il ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou réponse. En pareil cas ou dans le cas d'une action ou d'une défense jugée futile ou vexatoire, il peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

La question de droit faisant l'objet de la demande d'audition sur autorisation de la Cour était ainsi formulée:

[TRADUCTION] Un défendeur, libéré au terme d'une enquête préliminaire tenue en application des dispositions du Code criminel du Canada, n'a aucune cause d'action, fondée sur les poursuites abusives ou la négligence, à faire valoir à l'encontre des procureurs de la Couronne qui ont mené les poursuites ou ceux qui sont légalement responsables de leur conduite.

Le juge Fitzpatrick de la Cour suprême de l'Ontario a accueilli la requête et radié la déclaration, apparemment en vertu de la règle 126. S'appuyant sur deux arrêts de cette même cour (*Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 (H.C. Ont.), et *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559 (H.C. Ont.)), il a conclu que le procureur général de la province jouit d'une immunité absolue contre toute poursuite civile dans l'exercice de ses fonctions d'avocat du ministère public, et ce, même s'il a agi avec malveillance. Jugeant que cette immunité subsistait malgré la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a accueilli la requête et radié la déclaration.

1989 CanLII 77 (SCC)

An appeal was dismissed in the Ontario Court of Appeal: (1985), 51 O.R. (2d) 513. At the outset, Thorson J.A., speaking for the Court (Houlden, Thorson and Robins JJ.A.) said, at pp. 514-15:

This Court reserved its judgment on the appeal following lengthy argument on whether, as a matter of law, any action can be asserted against the Crown or the Attorney-General, or both, in the circumstances which are found to be present in this case. My conclusion is that as a matter of law it cannot, and that the plaintiff's appeal must therefore be dismissed. The reasons for this conclusion follow.

From the foregoing, it may be somewhat doubtful whether the Court of Appeal acted under Rule 124 or 126. The record, however, does not disclose any consent by the parties or any grant of leave for the hearing of the point of law under Rule 124. Furthermore, in answer to arguments raised in the Court of Appeal in this form, at p. 518:

At the outset of his submissions counsel for the appellant, Mr. Sopinka, contended that on an application to a judge under Rule 126 of the Rules of Practice, the judge hearing the application ought not to strike out a plaintiff's statement of claim unless he was persuaded that the claim could have no hope of succeeding, even if the facts alleged in the statement of claim were proved. In considering such an application, the facts must be taken to be as they are alleged in the statement of claim. Moreover, where the statement of claim raises a "substantial issue of law" it ought not to be struck out under Rule 126, and where an allegation is made that an executive of ministerial act has been performed in bad faith or for an improper purpose, that issue should not be dealt with on a summary application under Rule 126 but should be left to be determined by the judge at trial. Similarly, where an issue arises as to whether any conduct is unconstitutional, it is important to have the kind of factual underpinning which is needed to determine that issue and which can only be brought out at a trial in the ordinary course.

Thorson J.A. said, at pp. 518-19:

With respect I cannot agree that Fitzpatrick J. erred in dealing with this application as one properly brought under Rule 126, albeit that the power conferred on a judge under that rule is one that ought to be used "sparingly", as noted by Dupont J. in *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 at p.

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel interjeté contre cette décision: (1985), 51 O.R. (2d) 513. Le juge Thorson, au nom de la cour (les juges Houlden, Thorson et Robins), déclare ceci, au début de ses motifs, aux pp. 514 et 515:

[TRADUCTION] Après avoir entendu la longue argumentation des parties, la présente cour a mis en délibéré la question de savoir si, en droit, on peut intenter une action contre la Couronne ou le procureur général, ou les deux, dans les circonstances de l'espèce. Je conclus qu'en droit on ne le peut pas et que l'appel de la demanderesse doit donc être rejeté. Voici quels sont les motifs de cette conclusion.

D'après ce qui précède, on peut se demander si la Cour d'appel s'est fondée sur la règle 124 ou sur la règle 126. Le dossier, cependant, ne révèle aucun consentement des parties ni aucune autorisation quant à l'audition de la question de droit, conformément à la règle 124. En outre, à la p. 518, la Cour d'appel fait ainsi état des arguments soulevés devant elle:

[TRADUCTION] Au début de sa plaidoirie, l'avocat de l'appelante, Me Sopinka, a soutenu que, sur requête faite à un juge en vertu de la règle 126 des Rules of Practice, le juge présidant l'audition ne devrait radier une déclaration que s'il est persuadé que la demande n'a aucune chance de succès, même si les faits allégués sont prouvés. Dans l'examen d'une requête de cette nature, les faits allégués doivent donc être tenus pour avérés. De plus, lorsque la déclaration soulève une «importante question de droit», elle ne devrait pas être radiée en vertu de la règle 126; et lorsqu'il est allégué qu'un acte ministériel ou de l'exécutif a été exécuté de mauvaise foi ou pour une fin illégitime, cette question ne devrait pas non plus être tranchée sur demande sommaire présentée en vertu de cette règle, mais être tranchée par le juge au procès. De même, lorsqu'il s'agit de statuer sur le caractère constitutionnel d'une conduite, il importe de régler la question à partir d'un fondement factuel qui ne peut se dégager que de l'audition normale de l'affaire.

Le juge Thorson fait la réponse suivante, aux pp. 518 et 519:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne puis souscrire à l'argument selon lequel le juge Fitzpatrick a commis une erreur en statuant comme si la requête avait été faite à bon droit en vertu de la règle 126, encore que le pouvoir conféré aux termes de cette règle doive être utilisé «avec parcimonie», comme l'a souligné le juge Dupont dans

1989 CanLII 77 (SCC)

102. Nor can I agree with the assertion that merely because the statement of claim raises a "substantial issue of law" it ought not to be dealt with on an application under that rule. If the latter assertion were correct, it seems to me that the purpose of the rule would be largely defeated. That purpose, surely, is to make it possible for a person who has been named in an action to avoid having to go to the considerable trouble and expense of defending himself in court against a claim made in that action which has no reasonable expectation of succeeding against him, even if all the facts alleged are proved. If, in this case, the learned motions court judge had concluded that the Attorney-General, and thus by extension the Crown, did not enjoy an absolute immunity in law, it might well have been improper to decide the issue before him on an application under Rule 126 since in that event, and for the reasons explained by Linden J. in *King v. Liquor Control Board of Ontario* (1981), 33 O.R. (2d) 816 at p. 825, . . . a "factual underpinning" for the claim would then have been necessary for its disposition, but where, as here, he concluded that the immunity was absolute, the same kind of factual underpinning was not needed, for even if the facts as alleged were proved the claim could not succeed. Accordingly, I find no error on the part of Fitzpatrick J. in acting on the application as one which could be properly considered and dealt with by him under Rule 126 . . . .

Therefore, I will proceed on the basis that the Court of Appeal reached its determination by the application of Rule 126. In so doing, the court concluded that there existed an absolute immunity for the Crown and the Attorney General and the Crown Attorneys against suit for all acts done in relation to criminal proceedings, even though malice be shown. If this Court should hold that the immunity asserted for the Crown and the Attorney General is clearly absolute, the action would be at an end. If, however, it should conclude that the immunity is in any way limited or qualified or that its existence is doubtful, the matter would have to go to trial in the usual way, so that evidence could be heard on the matters of fact and the issues raised in order to provide a factual underpinning for the determination of any possible liability. In approaching the matter at this stage, it must be borne in mind that in proceedings under Rule 126 the facts alleged must be taken as true and this

l'arrêt *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96, à la p. 102. Je ne puis davantage être en accord avec la prétention que pour la simple raison que la déclaration soulève une «importante question de droit», elle ne devrait pas être radiée à la suite d'une requête présentée en vertu de cette règle. Cette prétention serait-elle exacte qu'elle irait, à mon sens, largement à l'encontre de l'objet même de la règle. Cette dernière vise incontestablement à faire en sorte qu'une personne assignée en justice puisse éviter les ennuis et les frais considérables qu'entraîne l'obligation de se défendre contre une demande n'ayant aucune chance raisonnable de succès, à supposer même que tous les faits allégués soient prouvés. Si, en l'espèce, le juge des requêtes avait conclu que le procureur général, et par extension la Couronne, ne jouissaient pas d'une immunité absolue en droit, il aurait peut-être été inopportun de trancher la question dans le contexte d'une requête en vertu de la règle 126 puisque, dans ce cas, et pour les motifs qu'a énoncés le juge Linden dans l'arrêt *King v. Liquor Control Board of Ontario* (1981), 33 O.R. (2d) 816, à la p. 825, un «fondement factuel» aurait été nécessaire à l'examen de la demande; mais lorsque, comme en l'espèce, on conclut que l'immunité est absolue, un tel fondement factuel devient inutile puisque la demande n'a aucune chance de succès même en supposant prouvés tous les faits allégués. En conséquence, je ne puis conclure que le juge Fitzpatrick a commis une erreur en considérant que la requête pouvait être considérée et tranchée par lui en vertu de la règle 126 . . .

Je poursuivrai donc en présumant que la Cour d'appel a rendu son jugement en appliquant la règle 126. Elle a ainsi conclu que la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissaient d'une immunité absolue pour tout acte, même malveillant, relatif à des poursuites criminelles. Si cette Cour devait statuer que l'immunité revendiquée au nom de la Couronne et du procureur général possède un caractère aussi manifestement absolu, l'action prendrait fin. Cependant, si elle devait conclure que cette immunité est, de quelque façon, limitée ou relative, ou que son existence même est douteuse, l'affaire devrait être renvoyée pour être instruite de la manière habituelle, afin que la preuve des faits et des points en litige puisse être présentée et que soit ainsi établi le fondement factuel nécessaire à l'examen de la responsabilité. À ce stade de l'analyse, il ne faut pas perdre de vue qu'aux fins d'une requête présentée en vertu de la règle 126, les faits allégués

1989 CanLII 77 (SCC)

motion must be disposed of on the basis that the Crown Attorneys and the Attorney General acted with malice in the initiation and conduct of these proceedings.

There are four necessary elements which must be proved for success in an action for malicious prosecution:

A. The proceedings must have been initiated by the defendant.

B. The proceedings must have terminated in favour of the plaintiff.

C. The plaintiff must show that the proceedings were instituted without reasonable cause, and

D. The defendant was actuated by malice.

This appeal must therefore be approached on the footing that all these elements are shown.

It was argued on behalf of the Crown that it enjoyed a complete immunity from liability for malicious prosecution, on the basis of a common law immunity of the Attorney General and the Crown Attorneys. Any liability on the part of the Crown arising from the conduct of its servants would be vicarious. Therefore, it was contended that because the common law accorded a full immunity to the Crown's servants, the Crown itself would not be liable. It was also contended that the Crown had an absolute immunity under the provisions of the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1980, c. 393 (the Act).

Any consideration of Crown liability must now be based upon the Act and I do not find it necessary for the purposes of this case to consider the common law position respecting Crown immunity. The purpose of the Act, clearly discernible from its form and structure, was to remove Crown immunities and place the Crown upon the same footing as any other person before the courts, save for the exceptions which are set out in the Act. The

doivent être tenus pour vrais et donc qu'il faut trancher la présente requête en partant de l'hypothèse que les procureurs de la Couronne et le procureur général ont agi avec malveillance en engageant et en menant les poursuites en cause.

Quatre éléments doivent être prouvés pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives:

A. Les poursuites ont été engagées par le défendeur.

B. Le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur.

C. Le demandeur a établi que les poursuites ont été intentées sans motif raisonnable.

D. Le défendeur a agi par malveillance.

C'est donc en présumant établie la présence de tous ces éléments qu'il nous faut aborder le présent pourvoi.

On prétend, au nom de la Couronne, que cette dernière jouit d'une immunité complète en matière de responsabilité pour poursuites abusives en raison de l'immunité reconnue en *common law* au procureur général et aux procureurs de la Couronne. Or, toute responsabilité imputée à la Couronne en raison de la conduite de ses préposés relèverait de la responsabilité du fait d'autrui. Par conséquent, fait-on valoir, comme la *common law* accorde pleine immunité aux préposés de la Couronne, la responsabilité de la Couronne elle-même n'est pas engagée. On soutient également que la Couronne jouit d'une immunité absolue en vertu des dispositions de la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, L.R.O. 1980, chap. 393 (ci-après la Loi).

Tout examen de la responsabilité de la Couronne doit maintenant être fondé sur la Loi et, je ne crois pas qu'il soit nécessaire, pour les fins de l'espèce, de prendre en compte la position de la *common law* sur la question de l'immunité. L'objet de la Loi, tel qu'il ressort clairement de sa forme et de sa structure était de lever les immunités dont jouissait la Couronne et la placer sur un pied d'égalité avec toute autre personne devant les tri-

1989 CanLII 77 (SCC)

effective sections for this purpose are ss. 2 and 5. Section 2(2)(*d*) was relied upon by the Crown. It provides:

2. ...

(2) Nothing in this Act

. . .

(*d*) subjects the Crown to proceedings under this Act in respect of anything done in the due enforcement of the criminal law or of the penal provisions of any Act of the Legislature;

It may be argued that commencing and conducting proceedings with malice against the object of the proceedings could not be considered as the "due" enforcement of the criminal law. But any opening in the wall of immunity found by the Court of Appeal would be, in my view, effectively closed by s. 5(6) of the Act, which provides:

5. ...

(6) No proceedings lie against the Crown under this section in respect of anything done or omitted to be done by a person while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature vested in him or responsibilities that he has in connection with the execution of judicial process.

Section 5 expresses the general rule which subjects the Crown to all liabilities in tort to which, if it were a person of full age and capacity, it would be subject. Subsections (2) to (5) provide interpretative guides while subs. (6), excepts from the general rule Crown liability "in respect of anything done or omitted to be done by a person, while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature vested in him or responsibilities that he has in connection with the execution of the judicial process".

The claim asserted here depends upon the actions of the Crown Attorneys and the Attorney General, specifically the decision to prosecute the appellant for murder. The decision to prosecute is a judicial decision and is obviously vested in the Attorney General and executed on his behalf by his agents, the Crown Attorneys: see *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and*

bunaux, sous réserve des exceptions expressément prévues. Les dispositions pertinentes à cet égard sont les art. 2 et 5. La Couronne a invoqué l'al. 2(2)*d*):

[TRADUCTION] **2.** ...

(2) La présente loi n'a pas pour effet:

. . .

d) d'exposer la Couronne à une instance en application de la présente loi en raison de tout acte accompli dans l'application légitime du droit criminel ou des dispositions pénales d'une loi de la Législature;

On pourrait soutenir que le fait d'introduire des poursuites et d'en assumer la conduite dans une intention malveillante à l'égard du sujet poursuivi ne saurait constituer une application «légitime» du droit criminel. Mais toute brèche dans le mur de l'immunité reconnue par la Cour d'appel serait, à mon avis, colmatée hermétiquement par le par. 5(6) de la Loi, que voici:

[TRADUCTION] **5.** ...

(6) Aucune instance ne peut être intentée contre la Couronne en vertu du présent article pour l'action ou l'omission d'une personne dans l'accomplissement réel ou présumé d'une charge de nature judiciaire dont elle est investie ou dont elle doit s'acquitter relativement à l'exécution d'actes de procédure judiciaire.

L'article 5 énonce la règle générale selon laquelle la Couronne engage sa responsabilité délictuelle comme si elle était une personne majeure et capable. Les paragraphes (2) à (5) sont des règles d'interprétation tandis que le par. (6) précité prévoit une exception à la règle générale de la responsabilité «pour l'action ou l'omission d'une personne dans l'accomplissement réel ou présumé d'une charge de nature judiciaire dont elle est investie ou dont elle doit s'acquitter relativement à l'exécution d'actes de procédure judiciaire.»

L'immunité revendiquée en l'espèce vise les actes des procureurs de la Couronne et ceux du procureur général, en particulier la décision de poursuivre l'appelante pour meurtre. La décision d'intenter des poursuites est une décision de nature judiciaire qui incombe manifestement au procureur général et dont l'exécution relève des procureurs de la Couronne agissant en son nom: voir

1989 CanLII 77 (SCC)

Trade Marks, [1899] 1 Q.B. 909 (C.A.) A.L. Smith L.J. said, at pp. 913-14:

I wish to say a word or two about the position of the Attorney-General, because in my judgment it is of importance in this case, and his position appears likely to be lost sight of. Everybody knows that he is the head of the English Bar. We know that he has had from the earliest times to perform high judicial functions which are left to his discretion to decide. For example, where a man who is tried for his life and convicted alleges that there is error on the record, he cannot take advantage of that error unless he obtains the fiat of the Attorney-General, and no Court in the kingdom has any controlling jurisdiction over him. That perhaps is the strongest case that can be put as to the position of the Attorney-General in exercising judicial functions. Another case in which the Attorney-General is pre-eminent is the power to enter a nolle prosequi in a criminal case. I do not say that when a case is before a judge a prosecutor may not ask the judge to allow the case to be withdrawn, and the judge may do so if he is satisfied that there is no case; but the Attorney-General alone has power to enter a nolle prosequi, and that power is not subject to any control. Another case is that of a criminal information at the suit of the Attorney-General—a practice which has, I am sorry to say, fallen into disuse. The issue of such an information is entirely in the discretion of the Attorney-General, and no one can set such an information aside. There are other cases to which I could refer to be found in old and in recent statutes, but I have said enough to shew the high judicial functions which the Attorney-General performs . . . .

The Crown Attorneys and the Attorney General in deciding to prosecute the appellant would therefore come within s. 5(6) of the Act, and the Crown would have its statutory immunity despite any uncertainty which might arise because of an argument under s. 2(2)(*d*) of the Act, based on the concept of "due" enforcement of the criminal law. The Attorney General and his agents, whatever the motives underlying their conduct, were surely, in the words of s. 5(6), "discharging or purporting" to discharge responsibilities of a judicial nature. In my view, the Crown is rendered immune by the express terms of s. 5(6) of the Act from liability to the appellant.

The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks, [1899] 1 Q.B. 909 (C.A.) Voici ce qu'affirme lord juge A.L. Smith, aux pp. 913 et 914:

[TRADUCTION] Je voudrais dire quelques mots au sujet du statut du procureur général, question à mon avis importante en l'espèce et qui risque de passer inaperçue. Nul n'ignore que le procureur général est à la tête du barreau anglais. Chacun sait également que depuis les temps les plus reculés, il a été investi de hautes fonctions judiciaires dont l'exercice a été laissé à son pouvoir discrétionnaire. Ainsi, lorsqu'un accusé, condamné à la peine capitale, allègue qu'il y a erreur au dossier, il ne peut bénéficier de cette erreur à moins d'obtenir l'autorisation du procureur général dont la décision ne peut être révisée par aucun tribunal du royaume. Voilà peut-être le cas le plus manifeste où le procureur général exerce des fonctions judiciaires. Autre exemple du rôle prééminent qu'il occupe: son pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures par nolle prosequi dans une affaire criminelle. Certes, au procès, le poursuivant peut toujours demander le retrait de l'accusation et, le cas échéant, le juge rendra un non-lieu; mais c'est au procureur général seul qu'il appartient d'ordonner l'arrêt des procédures par nolle prosequi et ce pouvoir n'est assujetti à aucun contrôle. On peut également songer à la dénonciation criminelle à l'initiative du procureur général—pratique qui, je regrette de le dire, est tombée en désuétude. Encore ici, le dépôt d'une telle dénonciation relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du procureur général et nul ne peut l'annuler. Je pourrais évoquer d'autres exemples tirés des lois anciennes et récentes, mais ce qui précède témoigne amplement des hautes fonctions judiciaires qu'exerce le procureur général . . .

Ainsi, la décision par les procureurs de la Couronne et le procureur général de poursuivre l'appelante, relèverait du par. 5(6) de la Loi et la Couronne bénéficierait de l'immunité légale, malgré toute incertitude que pourrait faire naître l'argument fondé sur la notion d'application «légitime» du droit criminel, selon la formule utilisée à l'al. 2(2)*d*). Quels que soient en effet les motifs à l'origine de leur conduite, le procureur général et ses représentants se trouvaient indéniablement, aux termes du par. 5(6) «dans l'accomplissement réel ou présumé» d'une charge de nature judiciaire. À mon avis, le par. 5(6) confère expressément à la Couronne, une immunité à l'égard de toute responsabilité envers l'appelante.

1989 CanLII 77 (SCC)

The fact of Crown immunity in this case does not necessarily mean that a similar immunity for the Attorney General and his agents follows. Any immunity that they might enjoy must find its own independent footing and the fact that the Act extends an immunity to the Crown in this case, therefore, cannot be understood as conferring or evidencing an immunity for the Attorney General and the Crown Attorneys. This point was made by Hart J.A. in the case of *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (N.S.C.A.), where he held that, while the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, c. 239, at p. 107, might absolve the provincial Crown from liability, a Crown servant, in that case a residential tenancy officer, could still be personally liable for misconduct:

> It seems to me that we are dealing here, once again, with the immunity of the Crown and not that of a tortfeasor.
>
> It has been pointed out that the Proceedings Against the Crown Act was passed to give citizens the right to sue the Crown for the tortious acts of its officers and servants. The Act also prevents suits against the Crown for acts of its officers or servants carried out in the due enforcement of valid legislation. The Act was not designed, however, to protect the officers and servants of the Crown personally from actions arising out of torts committed by them against members of the public, whether during the course of their employment or not, which were not done solely for the due enforcement of the criminal law or the provisions of any act of the Legislature . . . .

What then is the nature of the immunity, if any, enjoyed by the Attorney General at common law?

There is clear authority in the jurisprudence of most common law, and some civil law, jurisdictions for the proposition that public officers and officials discharging or purporting to discharge the duties and powers of their offices may be personally liable in damages for wrongful conduct. The leading case in Canada on this point is *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. The facts are well known. Roncarelli was a restaurant owner in

Le fait qu'il y ait immunité en faveur de la Couronne en l'espèce ne signifie pas nécessairement que le procureur général et ses représentants jouissent d'une immunité semblable. La protection dont ils pourraient bénéficier doit reposer sur un fondement indépendant et on ne saurait par conséquent interpréter l'immunité que la Loi confère à la Couronne dans la présente affaire comme conférant une immunité au procureur général et aux procureurs de la Couronne. Le juge Hart de la Cour d'appel a apporté cette précision dans l'arrêt *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (C.A.N.-É.) où il a conclu, à la p. 107, que même si la *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 239, pouvait dégager la Couronne provinciale de toute responsabilité, un préposé de la Couronne, en l'occurrence un fonctionnaire de la commission à la location résidentielle, pouvait encore être tenu personnellement responsable de son inconduite:

> [TRADUCTION] Il me semble qu'il s'agit, là encore, de l'immunité de la Couronne, et non de celle de l'auteur du délit.
>
> On a souligné que la *Proceedings Against the Crown Act* avait été adoptée afin d'accorder aux citoyens le droit de poursuivre la Couronne pour les actes délictueux commis par ses préposés ou fonctionnaires. Cette loi empêche aussi toute poursuite contre la Couronne pour les actes accomplis par ces derniers dans l'application légitime de lois valides. Elle ne vise cependant pas à protéger personnellement les préposés et fonctionnaires de la Couronne contre les recours résultant des délits civils qu'ils ont commis contre des membres du public, dans l'exercice ou non de leur emploi, mais non uniquement dans l'application légitime du droit criminel ou des dispositions d'une loi de la Législature . . .

Quelle est donc la nature de l'immunité que pourrait avoir le procureur général en vertu de la *common law*?

Dans la plupart des juridictions de *common law* et dans certaines juridictions de droit civil, il est largement reconnu par la jurisprudence et la doctrine que les fonctionnaires peuvent, dans l'accomplissement réel ou présumé des fonctions qui leur sont conférées, avoir à répondre personnellement de leur inconduite. Au Canada, l'arrêt de principe sur ce point est *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Les faits en sont bien connus. Proprié-

1989 CanLII 77 (SCC)

Quebec. He was a member of a religious group, the Jehovah's Witnesses, and he supported their cause financially and in assisting members of the group who from time to time ran afoul of the law. Duplessis was the Premier of Quebec and, as well, Attorney General of the province. The policy of the Government was opposed to the Jehovah's Witnesses and Duplessis sought to eliminate Roncarelli as an opponent in his efforts to curb the Jehovah's Witnesses. He ordered the General Director of the Quebec Liquor Commission, which had the legislative authority to "grant, refuse or cancel permits for the sale of alcoholic liquors", to revoke Roncarelli's liquor licence and to forever bar him from obtaining another. This ruined his business and he brought action for damages against Duplessis for the wrongful revocation of his licence and the prohibition against his obtaining a further licence. A majority in this Court held that Duplessis was liable. The judgment of Rand J. (with whom Judson J. concurred) has been regarded as the leading judgment in the case. He saw the issue in these terms, at p. 137:

> In these circumstances, when the *de facto* power of the Executive over its appointees at will to such a statutory public function is exercised deliberately and intentionally to destroy the vital business interests of a citizen, is there legal redress by him against the person so acting?

He concluded that there was legal redress in the form of damages. He expressed the view that there existed a general presumption in legislation and regulation that powers given by the legislation will be exercised in good faith and without improper motives. At page 140, he said:

> In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. Fraud and corruption in the Commission may not be mentioned in such statutes but they are always implied as exceptions. "Discretion" necessarily implies good faith

taire d'un restaurant au Québec, Roncarelli était membre de la secte religieuse des Témoins de Jéhovah; il appuyait financièrement cette cause et portait secours aux membres de la secte ayant à l'occasion maille à partir avec la justice. Premier ministre de la province de Québec, Duplessis en était également le procureur général. Son gouvernement était opposé aux Témoins de Jéhovah et Duplessis cherchait à empêcher Roncarelli de résister aux campagnes visant à limiter l'influence des Témoins de Jéhovah. C'est ainsi qu'il ordonna au directeur général de la Commission des liqueurs du Québec, investi de l'autorité législative d'«octroyer, refuser [et] annuler tout permis de vente de liqueurs alcooliques», de révoquer le permis de Roncarelli et de lui interdire à jamais d'en obtenir un autre. Ruiné, Roncarelli poursuivit Duplessis en dommages-intérêts pour la révocation injustifiée de son permis et la prohibition dont il était l'objet. Cette Cour a conclu à la majorité à la responsabilité de Duplessis. Le jugement du juge Rand, auquel a souscrit le juge Judson, est considéré comme faisant autorité dans cette affaire. Voici en quels termes il a posé la question en litige (à la p. 137):

> [TRADUCTION] Lorsque le pouvoir exécutif, délibérément et intentionnellement, dans ces conditions, exerce le pouvoir de fait qu'il possède sur les personnes qu'il nomme selon son bon vouloir à une fonction publique pour détruire les intérêts commerciaux vitaux d'un citoyen, celui-ci peut-il prétendre, en droit, exiger réparation de la personne qui agit ainsi?

Le juge Rand a conclu qu'il y avait lieu a réparation en justice sous forme de dommages-intérêts. À son avis, toute loi ou réglementation comporte une présomption générale selon laquelle les pouvoirs conférés seront exercés de bonne foi et à des fins légitimes. Il affirme, à la p. 140:

> [TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n'y a rien de tel qu'une «discrétion» absolue et sans entraves, c'est-à-dire celle où l'administrateur pourrait agir pour n'importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et étranger soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi. La fraude et la corruption au sein de la commission ne sont peut-être pas mention-

1989 CanLII 77 (SCC)

in discharging public duty; there is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption.

In this context, it should be noted that in commencing and prosecuting criminal offences the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, are exercising statutory powers: see *Ministry of the Attorney General Act*, R.S.O. 1980, c. 271; *Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1980, c. 107; and the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 504. Rand J. was also of the view that the acts shown to have been done by the respondent put him beyond the protection of any immunity which could attach to his office. He added, at pp. 141-42:

> The act of the respondent [Duplessis] through the instrumentality of the Commission brought about a breach of an implied public statutory duty toward the appellant; it was a gross abuse of legal power expressly intended to punish him for an act wholly irrelevant to the statute, a punishment which inflicted on him, as it was intended to do, the destruction of his economic life as a restaurant keeper within the province. Whatever may be the immunity of the Commission or its member from an action for damages, there is none in the respondent. He was under no duty in relation to the appellant and his act was an intrusion upon the functions of a statutory body. The injury done by him was a fault engaging liability within the principles of the underlying public law of Quebec: *Mostyn v. Fabrigas*, and under art. 1053 of the *Civil Code*. That, in the presence of expanding administrative regulation of economic activities, such a step and its consequences are to be suffered by the victim without recourse or remedy, that an administration according to law is to be superseded by action dictated by and according to the arbitrary likes, dislikes and irrelevant purposes of public officers acting beyond their duty, would signalize the beginning of disintegration of the rule of law as a fundamental postulate of our constitutional structure.

nées dans des lois de ce genre, mais ce sont des exceptions que l'on doit toujours sous-entendre. La «discrétion» implique nécessairement la bonne foi dans l'exercice d'un devoir public. Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption.

Dans ce contexte, soulignons qu'en engageant des poursuites criminelles, le procureur général et ses représentants, les procureurs de la Couronne, exercent des pouvoirs qui découlent de la loi: voir la *Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1980, chap. 271, la *Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1980, chap. 107, ainsi que le *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 504. Le juge Rand a également exprimé l'avis qu'en raison des actes dont la preuve avait été faite, l'intimé avait perdu le bénéfice de toute immunité susceptible de s'attacher à sa fonction. Il ajoute, aux pp. 141 et 142:

> [TRADUCTION] La manière d'agir de l'intimé [Duplessis], par l'intermédiaire de la Commission, revenait à la violation d'un devoir public statutaire et tacite vis-à-vis de l'appelant: elle constituait un abus flagrant d'un pouvoir donné par la loi, dont le but exprès était de le punir à raison d'un acte tout à fait étranger à cette loi, de lui infliger une punition dont le résultat a été, comme on l'avait voulu, de détruire sa vie économique de restaurateur dans la province. Aussi à l'abri que soit la Commission ou celui qui en était membre d'une action en dommages-intérêts, il ne saurait en être de même de l'intimé. Il n'était soumis à aucun devoir en ce qui concerne l'appelant et son acte constituait une immixtion dans les fonctions d'un organisme statutaire. Le préjudice qu'il a causé était le résultat d'une faute engageant sa responsabilité, conformément aux principes de base du droit public du Québec (voir l'arrêt *Mostyn c. Fabrigas*, et conformément à l'article 1053 du *Code civil*. Le fait qu'en présence d'une réglementation administrative de plus en plus grande des activités économiques, la victime d'une telle mesure subisse celle-ci et ses conséquences sans aucun recours ni aucune réparation, et le fait que les sympathies et les antipathies arbitraires, de même que les visées non pertinentes d'officiers publics qui agissent en excédant leurs pouvoirs, puissent dicter leurs actions et remplacer une administration établie par la loi, voilà le signe avant-coureur de la désintégration du principe de légalité comme un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle.

1989 CanLII 77 (SCC)

It will be observed that Duplessis in the *Roncarelli* case purported to act not only as the Premier of Quebec but also as the Attorney General. It would appear to be clear from the majority judgments in *Roncarelli* that the principle that public officers of the highest rank in Canada who exercise the powers of their office in excess or in abuse of those powers will be liable in damages for injuries resulting. This principle has been well founded in English authority: see *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021, where the Governor of Minorca was held to be liable in damages in a civil action for false imprisonment of a native Minorcan. Lord Mansfield rejected the Governor's claim for immunity at p. 175 Cowp., p. 1029 E.R.:

Therefore to lay down in an English Court of Justice such a monstrous proposition, as that a governor acting by virtue of letters patent under the Great Seal, is accountable only to God, and his own conscience; that he is absolutely despotic, and can spoil, plunder, and affect His Majesty's subjects, both in their liberty and property, with impunity, is a doctrine that cannot be maintained.

See, as well, *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995.

Another case expressing the same or a similar proposition is *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579 (P.C.) In that case, a licensing authority had refused a licence for the operation of a cinema and the appellant brought action alleging a malicious refusal of licence. The action was struck out in a pre-trial motion and the Court of Appeal of Ceylon supported the respondent. In the judicial committee, Viscount Radcliffe expressed the view that the case was not one which should have been the subject of a pre-trial disposition, and said, at p. 582:

Since then [1907] the English courts have had to give much consideration to the general question of the rights of the individual dependent on the exercise of statutory powers by a public authority .... In their lordships' opinion it would not be correct today to treat it as establishing any wide general principle in this field: certainly it would not be correct to treat it as sufficient to found the proposition, as asserted here, that an applicant for a statutory licence can in no circumstances have a right to damages if there has been a malicious misuse

On soulignera que dans l'affaire *Roncarelli*, Duplessis n'agissait pas seulement à titre de premier ministre du Québec, mais également en sa qualité de procureur général. Il semble ressortir clairement des opinions majoritaires dans *Roncarelli* qu'en principe, les fonctionnaires de très haut rang au Canada qui excèdent leurs pouvoirs ou en abusent seront tenus à des dommages-intérêts pour le préjudice causé. Ce principe est bien établi dans la jurisprudence anglaise: voir *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021, où le gouverneur de Minorque, poursuivi au civil pour la séquestration d'un habitant de l'île, a été tenu à des dommages-intérêts. Lord Mansfield a rejeté en ces termes la prétention du gouverneur à l'immunité, à la p. 175 Cowp., à la p. 1029 E.R.:

[TRADUCTION] En conséquence, on ne saurait soutenir devant une cour de justice anglaise la proposition monstrueuse selon laquelle un gouverneur, agissant en vertu de lettres patentes délivrées sous le grand sceau, n'est redevable qu'à Dieu et à sa conscience et qu'en véritable despote il peut, en toute impunité, piller et dépouiller les sujets de Sa Majesté, tant dans leurs biens que dans leur liberté.

Voir également l'arrêt *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995.

On retrouve un principe identique ou similaire dans l'arrêt *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579 (C.P.) Dans cette affaire, un organisme responsable de l'émission de permis avait refusé à l'appelant un permis pour l'exploitation d'un cinéma et ce dernier avait intenté une action où il alléguait l'intention malveillante. L'action avait été radiée sur exception préliminaire et la Cour d'appel de Ceylan avait statué en faveur de l'intimé. Au Comité judiciaire, le vicomte Radcliffe a exprimé l'avis que cette affaire n'aurait pas dû être tranchée sur requête préliminaire. Il affirme, à la p. 582:

[TRADUCTION] Depuis lors [1907], les tribunaux anglais ont été fréquemment appelés à examiner la question générale des droits du particulier face à l'exercice, par une administration publique, des pouvoirs que la loi lui confère [...] De l'avis de leurs Seigneuries, il n'y a pas lieu de reconnaître aujourd'hui, en ce domaine, l'existence d'une règle générale; il ne convient pas davantage d'y voir la confirmation de la proposition, avancée en l'espèce, que celui qui demande un permis n'a, en aucune circonstance, le droit d'obtenir réparation

1989 CanLII 77 (SCC)

of the statutory power to grant the licence. Much must turn in such cases on what may prove to be the facts of the alleged misuse and in what the malice is found to consist. The presence of spite or ill-will may be insufficient in itself to render actionable a decision which has been based on unexceptionable grounds of consideration and has not been vitiated by the badness of the motive. But a "malicious" misuse of authority, such as is pleaded by the appellant in his plaint, may cover a set of circumstances which go beyond the mere presence of ill-will, and in their lordships' view it is only after the facts of malice relied on by a plaintiff have been properly ascertained that it is possible to say in a case of this sort whether or not there has been any actionable breach of duty.

It would appear on the basis of the authorities cited that in general terms public officers are entitled to no special immunities or privileges when they act beyond the powers which are accorded to them by law in their official capacities. It would follow, then, that where a public officer, a servant of the Crown, exceeds the powers of his office or acts improperly in fraud of his duties and powers, or acts with malice in the discharge of his duties, he does not have immunity from civil suit and where, by reason of such excess of power or improper motive, he causes damage he may be civilly liable in damages. This, indeed, seems clear as far at least at it may concern public servants who act in administrative capacities. However, the question before us involves a consideration of the position of the Attorney General, acting in his capacity as the chief law officer of the Crown concerned with the commencement and prosecution of criminal proceedings against accused persons.

The Court of Appeal, as has been said, found an absolute immunity from civil liability on the part of the Attorney General and the Crown Attorneys, and in reaching this conclusion they placed special emphasis on *Owsley v. The Queen in right of Ontario* and *Richman v. McMurtry*, *supra*, in the Ontario High Court and, as well, on *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976). They formed the view that the absolute immunity was a clearly established feature of the common law. This issue has been considered in many Canadian cases in recent years: see *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), *per* Gray J., affirmed

s'il y a eu exercice malveillant et abusif du pouvoir légal d'émettre le permis. En pareils cas, tout dépendra de la preuve des faits allégués quant à l'exercice abusif et l'intention malveillante. Il se peut que la présence de rancune et de mauvais vouloir ne suffise pas, en soi, à donner ouverture à une poursuite contre une décision dont les motifs par ailleurs irréprochables n'auraient pas été viciés par la méchanceté de l'intention. Toutefois, l'abus «malveillant» qu'invoque l'appelant en l'espèce peut englober un éventail de circonstances allant au-delà du simple mauvais vouloir. De l'avis de leurs Seigneuries, ce n'est qu'une fois établis les faits allégués par le demandeur quant à la malveillance qu'il est possible de déterminer si, dans un cas semblable, il y a ouverture à une action pour violation d'une obligation.

Il semble se dégager de la jurisprudence précitée que, de façon générale, les fonctionnaires ne bénéficient d'aucune immunité ni d'aucun privilège particuliers lorsqu'ils excèdent les pouvoirs dont ils sont investis à titre officiel. Cela signifierait que lorsqu'un fonctionnaire, préposé de la Couronne, excède les pouvoirs de sa charge ou agit en violation de ses obligations et attributions ou encore fait preuve de malveillance dans l'exercice de ses fonctions, il n'est pas à l'abri d'une poursuite en matière civile et peut avoir à répondre de dommages causés par l'excès de pouvoir ou en raison du motif illégitime. Ce principe semble clair, du moins dans le cas de fonctionnaires agissant en leur qualité administrative. Cependant, la question dont nous sommes saisis en l'espèce nécessite l'examen du statut du procureur général agissant à titre de conseiller juridique principal de la Couronne, chargé d'engager et de mener des poursuites criminelles.

La Cour d'appel, rappelons-le, a jugé que le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue en matière de responsabilité civile. S'appuyant en particulier sur les arrêts *Owsley v. The Queen in right of Ontario* et *Richman v. McMurtry*, précités, de la Haute Cour de l'Ontario, ainsi que sur l'arrêt *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), la cour est arrivée à la conclusion que l'immunité absolue était indéniablement reconnue en *common law*. Cette question a été abordée dans plusieurs arrêts canadiens récents: voir *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), le juge Gray, confirmé

1989 CanLII 77 (SCC)

(1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Owsley v. The Queen in right of Ontario*, *supra*; *Richman v. McMurtry*, *supra*; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), *per* Pennell J.; *Curry v. Dargie*, *supra*; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270 (C.A.); and *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87 (C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada granted May 22, 1986, [1986] 1 S.C.R. x, notice of discontinuance filed January 7, 1987, [1987] 1 S.C.R. x.

These cases do not offer complete support for the position taken in the Court of Appeal. The cases decided in the Ontario courts, which are noted above, reach the conclusion that the prosecutorial immunity is absolute. In reaching a similar conclusion in the case at bar, Thorson J.A. relied extensively on American authority with particular emphasis on the judgments of Learned Hand J. in *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), and of Powell and White JJ., of the U.S. Supreme Court, in *Imbler v. Pachtman*, *supra*. These cases adopt the view that the social need to have prosecutors who are charged with the prosecution of criminal cases freed from the threat of civil action, so that they may fearlessly and objectively conduct the prosecutions justifies the adoption of the absolute rule. Powell J. in *Pachtman*, *supra*, at p. 428, expressed agreement with the words of Learned Hand J. in *Gregoire*, *supra*, at p. 581, where he said:

> As is so often the case, the answer must be found in a balance between the evils inevitable in either alternative. In this instance it has been thought in the end better to leave unredressed the wrongs done by dishonest officers than to subject those who try to do their duty to the constant dread of retaliation . . . .

But the position respecting prosecutorial immunity is not unanimous. Other courts in other jurisdictions have indicated that they would not necessarily extend absolute immunity to those executing prosecutorial functions. In *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), the plaintiff had been acquitted of a criminal charge and sought damages for malicious

par (1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Owsley v. The Queen in right of Ontario*, précité; *Richman v. McMurtry*, précité; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), le juge Pennell; *Curry v. Dargie*, précité; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270 (C.A.) et *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2e) 87 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée le 22 mai 1986, [1986] 1 R.C.S. x, avis de désistement produit le 7 janvier 1987, [1987] 1 R.C.S. x.

Ces arrêts n'appuient pas entièrement la position adoptée par la Cour d'appel en l'espèce. Les arrêts précités rendus par les tribunaux ontariens, ont conclu au caractère absolu de l'immunité du poursuivant. En tirant une conclusion similaire en l'espèce, le juge Thorson de la Cour d'appel s'est largement fondé sur la jurisprudence américaine, mettant particulièrement en relief les jugements du juge Learned Hand dans *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), ainsi que des juges Powell et White de la Cour suprême des États-Unis, dans *Imbler v. Pachtman*, précité. On retrouve dans ces décisions l'idée que l'adoption d'une règle aussi absolue est justifiée par un impératif social: celui de mettre les personnes chargées d'intenter des poursuites criminelles à l'abri de la menace de recours civils, afin qu'elles puissent exercer leurs fonctions sans crainte et en toute objectivité. Dans l'arrêt *Pachtman*, précité, à la p. 428, le juge Powell s'est dit en accord avec les propos que tenait le juge Learned Hand dans l'arrêt *Gregoire*, précité, à la p. 581.

> [TRADUCTION] Comme c'est souvent le cas, la réponse se trouve dans la recherche d'un juste équilibre entre deux maux également inévitables. En l'espèce, on a finalement jugé préférable de laisser sans recours les fautes que peuvent commettre des fonctionnaires malhonnêtes plutôt que d'exposer ceux qui s'efforcent d'accomplir leur devoir à la menace constante de représailles . . .

Il n'y a pas unanimité, cependant, en ce qui concerne l'immunité de la poursuite. Ainsi, dans d'autres juridictions, des tribunaux ont indiqué qu'ils ne seraient pas nécessairement disposés à accorder l'immunité absolue à ceux qui exercent des fonctions en matière de poursuites. Dans l'affaire *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), le demandeur,

1989 CanLII 77 (SCC)

prosecution against the Director of Public Prosecutions. I observe, that in respect of the institution of prosecutions against individuals, the Director of Public Prosecutions is effectively performing the same function as a Canadian provincial Attorney General. In that case, although Stephenson L.J. held that the material before the Court disclosed that there had been a basis in evidence for the plaintiff's prosecution and that there was no cause of action disclosed by the statement of claim, he rejected the proposition that the Director of Public Prosecutions could never be found liable for malicious prosecution. He said, at p. 941:

I do not wish to be taken as saying that there may never be a case where a prosecution has been initiated and pursued by the Director of Public Prosecutions in which it would be impossible for an acquitted defendant to succeed in an action for malicious prosecution, or as saying that the existence of the Attorney-General's fiat where required conclusively negates the existence of malice and conclusively proves that there was reasonable and probable cause for the prosecution. There may be cases where there has been, by even a responsible authority, the suppression of evidence which has led to a false view being taken by those who carried on a prosecution and by those who ultimately convicted. But that case is, as it seems to me, many miles from this one. There is nothing in the judgment of the Court of Criminal Appeal in this particular case which lends any support to the view that there was no case for the plaintiff to answer; and I cannot find in anything that he has said to us or in any document that has been put before us anything to suggest that there was in existence material showing that there was no basis in evidence for a prosecution of him on the conspiracy charge or on any of the three substantive charges which he had to meet at the Suffolk Assizes. In those circumstances, as it seems to me, he has failed to show that the defendant put the facts unfairly before prosecuting counsel, that there was anything like a lack of reasonable or probable cause, or malice, on the defendant's part or that there is any possibility of such material being produced.

In Canada, decisions in the Alberta and Nova Scotia courts cast doubt on the existence of the complete immunity. In *German v. Major*, *supra*, the plaintiff had been prosecuted under the *Income Tax Act*. The trial judge acquitted on the basis of

acquitté de l'accusation criminelle portée contre lui, avait intenté contre l'avocat général un recours en responsabilité pour poursuites abusives. Soulignons qu'en ce qui concerne les poursuites contre les particuliers, l'avocat général remplit, en fait, la même fonction que le procureur général d'une province canadienne. Dans cette affaire, bien que le lord juge Stephenson ait conclu que les documents déposés devant la cour démontraient que la poursuite intentée contre le demandeur reposait effectivement sur des éléments de preuve et que la déclaration ne révélait aucune cause d'action, il n'en a pas moins écarté la proposition selon laquelle l'avocat général ne pourrait jamais être tenu responsable de poursuites abusives. Il déclare ainsi, à la p. 941:

[TRADUCTION] Je ne voudrais pas qu'on interprète mes propos comme signifiant qu'il est impossible qu'un défendeur acquitté à l'issue de poursuites intentées par l'avocat général ait gain de cause dans une action pour poursuites abusives. Je ne dis pas non plus que l'autorisation du procureur général, lorsqu'elle est requise, efface péremptoirement toute trace de malveillance et constitue la preuve irréfutable que la poursuite était fondée sur un motif raisonnable et probable. On peut songer à des cas où il y a eu, même de la part d'une administration responsable, suppression d'éléments de preuve faussant la perception de ceux qui ont mené la poursuite et de ceux qui, finalement, ont prononcé la condamnation. Mais, à mon avis, nous sommes à cent lieues en l'espèce d'une telle hypothèse. Rien dans le jugement de la section criminelle de la Cour d'appel ne permet d'affirmer qu'il n'y avait aucune preuve contre le demandeur. Je ne puis non plus trouver dans les déclarations de ce dernier ni dans les documents qui nous ont été présentés la preuve que les poursuites dont il a été l'objet, que ce soit sous l'accusation de complot ou sous les trois accusations de fond auxquelles il devait répondre aux assises du Suffolk, étaient sans fondement. Dans les circonstances, il me semble qu'il n'a pas été établi que le défendeur a déloyalement présenté les faits à l'avocat de la poursuite, ni qu'il n'existait pas de motif raisonnable ou probable, ni qu'il y a eu conduite malveillante, ni non plus qu'il y ait quelque possibilité de faire la preuve de telles allégations.

Au Canada, certaines décisions rendues par les tribunaux de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse jettent un doute sur l'existence de l'immunité absolue. Dans l'arrêt *German v. Major*, précité, le demandeur avait été poursuivi en vertu de la *Loi*

CanLII 74 (SCC) [1989]

a doubt as to guilt and the defendant taxpayer then sued the prosecutor for malicious prosecution. Though Kerans, J.A. considered that the material before the court disclosed that the plaintiff's case was "doomed beyond doubt to fail", for absence of proof of malice, and because there were reasonable grounds for the prosecution he also considered that the prosecutor's immunity to prosecution was not absolute. In the closing paragraph of his judgment, at p. 286, he said:

> Counsel for the Attorney General who acts as his agent in the prosecution of a criminal case is not accountable in civil proceedings to the accused except possibly to the extent that it is alleged against him that he has not acted in good faith, and to that extent the allegation falls within the nominative tort of malicious prosecution, and that cause of action has been dealt with [see p. 282]. I would therefore strike those portions of the statement of claim which deal with the remaining claims by German against Major. [Emphasis added.]

It would follow that had the prosecutor proceeded solely or principally on an improper motive: for example, malice, then coming within Kerans J.A.'s conception there would be no immunity against malicious prosecution. In *Curry v. Dargie*, *supra*, it was held that a residential tenancy officer who had instituted proceedings against a tenant could not claim an absolute prosecutorial immunity. Relying in part on the earlier case of *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27 (S.C.T.D.), where Gillis J. refused to strike out a personal claim against the provincial Minister of Agriculture, Hart J.A. explained that he was not willing to go as far as the Ontario cases had gone in extending prosecutorial immunity. Although he distinguished the case before him from a case where the Attorney General or a Crown Attorney had instituted a prosecution, he made it clear that he was not deciding the issue as to the immunity of Attorneys General and Crown Attorneys. He said, at p. 110:

> I am not prepared to go as far as Galligan J. [in *Richman*, *supra*] in holding that an officer of the Crown cannot be liable for a proceeding commenced malicious-

de l'impôt sur le revenu. Acquitté en raison d'un doute sur sa culpabilité, le défendeur contribuable a alors intenté contre le poursuivant un recours pour poursuites abusives. Bien que le juge Kerans de la Cour d'appel ait estimé que, d'après la preuve au dossier, l'action du demandeur devait certainement échouer puisque l'intention malveillante n'avait pas été établie et que les poursuites reposaient sur des motifs raisonnables, il n'en a pas moins considéré que l'immunité du poursuivant n'était pas absolue. Voici ce qu'il déclare dans le paragraphe final de son jugement, à la p. 286:

> [TRADUCTION] Le substitut du procureur général, qui agit au nom de ce dernier dans des poursuites criminelles, n'est pas comptable à l'accusé dans un recours civil, sauf peut-être dans la mesure où il y a allégation de mauvaise foi dans l'exercice de ses fonctions, savoir l'équivalent du délit civil nommé de poursuites abusives, cause d'action dont nous avons traité [voir la p. 282, ci-dessus]. Je suis en conséquence d'avis de radier les parties de la déclaration ayant trait aux autres demandes que fait valoir German contre Major. [Je souligne.]

Ainsi, le poursuivant aurait-il agi uniquement ou principalement pour un motif illégitime, telle la malveillance, qu'il n'aurait pu bénéficier, suivant le raisonnement du juge Kerans, d'aucune immunité contre un recours pour poursuites abusives. Dans l'arrêt *Curry v. Dargie*, précité, on a conclu qu'un fonctionnaire de la commission de location résidentielle qui avait engagé une poursuite contre un locataire ne pouvait prétendre à une immunité absolue. Se fondant en partie sur l'arrêt antérieur *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27 (C.S.D.P.I.), où le juge Gillis avait refusé de radier un recours dirigé personnellement contre le ministre provincial de l'Agriculture, le juge Hart de la Cour d'appel a expliqué qu'il n'était pas disposé à aller aussi loin que les arrêts ontariens dans l'extension de la portée de l'immunité rattachée à la poursuite. Quoiqu'il ait établi une distinction entre l'affaire dont il était saisi et le cas où la poursuite est engagée par le procureur général ou un procureur de la Couronne, il a précisé qu'il ne tranchait pas la question de l'immunité des procureurs généraux ni des procureurs de la Couronne. Il dit ceci à la p. 110:

> [TRADUCTION] Je ne suis pas prêt à aller aussi loin que le juge Galligan [dans l'arrêt *Richman*, précité] en statuant qu'un fonctionnaire de la Couronne ne peut être

1989 CanLII 77 (SCC)

ly, but it is not necessary to consider that issue at the moment. I do not believe that in the case at Bar it can be said that the respondent in laying the information against the appellant was in fact carrying out a judicial function similar to those carried out by Attorneys General and prosecutors. An information can be laid by any person and there is no obligation under the Residential Tenancies Act requiring that it be laid by the respondent. Surely a person who undertakes to swear that she has reasonable and probable cause to believe that an offence has been committed must take personal responsibility for the results of that act and cannot simply say that she was merely following instructions of her superiors. Nor can it be said that she was by her act enforcing the criminal law or the provisions of any statute. She was simply setting in motion the forces of the justice system which would enable the persons charged with its administration to perform their duties. She was in no different position from the police informant or other person who lays an information in a criminal case without reasonable and probable cause for believing that the offence had been committed and with some malicious intent. Such a person is always liable to an action for malicious prosecution. [Emphasis added.]

The basis upon which Hart J.A. draws the distinction between the residential tenancy officer and the Attorney General, and which erases any doubt as to the non-existence of an immunity for the residential tenancy officer, is the fact that the Attorney General exercises a "judicial function" in commencing a prosecution, whereas the residential tenancy officer does not. I have already referred to the "judicial" nature of the Attorney General's decision to prosecute: see the discussion of *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, *supra*. But can it be said that the mere fact of the Attorney General's decision being "judicial" confers an absolute immunity? I do not think the law is decided on this point.

The "judicial" nature of the Attorney General's decision to prosecute does not in any way render him a "court", that is, an adjudicative entity. See on this point, *Re Van Gelder's Patent* (1888), 6 R.P.C. 22 (C.A.), where Lord Esher, M.R., said, at p. 27:

tenu responsable d'une poursuite engagée avec malveillance, encore qu'il n'y ait pas lieu d'examiner cette question pour le moment. En l'espèce, je ne crois pas qu'on puisse dire qu'en faisant une dénonciation contre l'appelant, l'intimée exerçait dans les faits une fonction judiciaire analogue à celle qu'exercent les procureurs généraux et les poursuivants. Toute personne peut faire une dénonciation et la Residential Tenancies Act n'avait pas pour effet d'imposer cette obligation à l'intimée. Certes, la personne qui affirme sous serment avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise doit assumer personnellement les conséquences de son acte: elle ne peut simplement se retrancher derrière les instructions de ses supérieurs. On ne peut affirmer non plus qu'elle appliquait le droit criminel ou les dispositions d'une loi alors qu'elle ne faisait en somme qu'actionner les rouages du système judiciaire pour permettre ainsi à ceux qui sont chargés de son administration d'exécuter leurs fonctions. Sa position n'était en rien différente de celle de l'indicateur ou de toute autre personne faisant une dénonciation dans un affaire criminelle sans motifs raisonnables et probables de croire que l'infraction a été commise et avec quelque intention malveillante. Cette personne est toujours exposée à un recours pour poursuites abusives. [Je souligne.]

La distinction que fait le juge Hart entre le fonctionnaire de la commission de location résidentielle et le procureur général—distinction qui ne laisse aucun doute sur l'inexistence d'une immunité pour le premier—repose sur le fait qu'en intentant des poursuites, le procureur général exerce, à la différence du fonctionnaire, une «fonction judiciaire». J'ai évoqué précédemment la nature «judiciaire» de la décision que prend le procureur général en engageant des poursuites: voir l'analyse de l'arrêt *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, précité. Mais doit-on conclure que le simple fait que le procureur général prenne une décision «judiciaire» lui confère une immunité absolue? J'estime que le droit n'est pas fixé sur ce point.

Le caractère «judiciaire» de la décision du procureur général d'intenter des poursuites n'en fait d'aucune façon un «tribunal», c'est-à-dire une entité qui rend des décisions. Voir sur ce point *Re Van Gelder's Patent* (1888), 6 R.P.C. 22 (C.A.), où le maître des rôles, lord Esher, déclare, à la p. 27:

1989 CanLII 77 (SCC)

If what I have said is true, after all the *Attorney-General* is not a Court. He may have a judicial function to perform, but he is not a Court, and prohibition does not lie to him . . . . [Emphasis added.]

What is meant by the words "prohibition does not lie to him" is that the Attorney General's decision to prosecute is not reviewable by any court. As A.L. Smith L.J. noted in *Comptroller-General of Patents*, *supra*, at p. 914:

The issue of such an [a criminal] information is entirely in the discretion of the Attorney-General, and no one can set such an information aside . . . . [Emphasis added.]

Hence, the law is settled that the Attorney General's exercise of his "judicial" functions, such as the commencement of criminal proceedings, the entering of a *nolle prosequi*, the entering of a stay under s. 579(1) of the *Criminal Code*, or the preferring of direct indictments in the absence of a committal for trial after a preliminary hearing, are all incapable of judicial review and to that extent, the Attorney General enjoys an absolute and total immunity on the basis that he is performing a judicial function.

Immunity from judicial review, however, does not equate to immunity from civil suit for damages incurred as a result of a maliciously instituted and executed prosecution. This Court has held that, in respect of adjudicative judicial decisions, there is a complete immunity from civil suit: *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716. In light of the reservations expressed by learned justices of the Alberta, Nova Scotia and English Courts of Appeal, however, I am loath to make a ruling on an appeal of a preliminary motion that a similar absolute immunity exists for the benefit of the Attorney General and his agents in respect of suits for malicious prosecution. If the Court were to make such a ruling on a point of this importance in a total absence of evidence, it would, in my view, be adopting a dangerous course. Let us not forget that, when Lord Mansfield was faced with the bleak reality of a colonial governor gone awry, imprisoning innocent people without proper trials and in contravention of the law, "absolutely des-

[TRADUCTION] Si ce qui précède est vrai, le procureur général n'est pas un tribunal. Il se peut qu'il soit investi d'une fonction judiciaire mais, n'étant pas un tribunal, il ne peut faire l'objet d'une prohibition. [Je souligne.]

Ce que le juge veut dire par «ne peut faire l'objet d'une prohibition», c'est que la décision du procureur général d'intenter des poursuites n'est pas assujettie au pouvoir de contrôle des tribunaux. Comme le souligne lord juge A.L. Smith dans l'arrêt *Comptroller-General of Patents*, précité, à la p. 914:

[TRADUCTION] Une telle dénonciation [criminelle] relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du procureur général et nul ne peut l'annuler . . . [Je souligne.]

Ainsi, il est établi en droit que, dans l'exercice de ses fonctions «judiciaires», telles l'introduction de poursuites criminelles, l'arrêt des procédures, par *nolle prosequi* ou selon le par. 579(1) du *Code criminel* ou encore la présentation d'un acte d'accusation en l'absence de renvoi à procès, à l'issue d'une enquête préliminaire, le procureur général n'est pas assujetti au contrôle judiciaire et qu'il jouit dans cette mesure d'une immunité totale et absolue parce qu'il exerce une fonction judiciaire.

Cependant, échapper au contrôle judiciaire n'équivaut pas à bénéficier d'une immunité contre toute responsabilité civile pour les dommages résultant de poursuites engagées et menées avec malveillance. Cette Cour, dans l'arrêt *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, a conclu à l'existence d'une immunité complète en ce qui concerne les décisions proprement judiciaires. Compte tenu cependant des réserves exprimées par les juges des cours d'appel de l'Alberta, de la Nouvelle-Écosse et de l'Angleterre, j'hésite à statuer, en appel d'une exception préliminaire, qu'une immunité aussi absolue existe au profit du procureur général et de ses mandataires en matière de responsabilité pour poursuites abusives. Si la Cour devait se prononcer sur un point de cette importance en l'absence totale de preuve, elle s'engagerait, à mon avis, sur une voie dangereuse. N'oublions pas que c'est confronté à la triste réalité du gouverneur d'une colonie qui, devenu insensé, emprisonnait des innocents illégalement et sans procès équitable, «véritable

1989 CanLII 77 (SCC)

potic" and "accountable only to God, and his own conscience", he felt compelled to reject any notion of immunity by virtue of the Governor's office: see *Mostyn v. Fabrigas*, *supra*. The state of the law relating to the immunity of the Attorney General is, as has been shown, far from clear. Before laying down any proposition to the effect that the Attorney General and his agents enjoy absolute immunity from civil suit, there must be a trial to permit a conclusion on the question of prosecutorial immunity and to furnish—in the event that it is decided that the immunity is not absolute—a factual basis for a determination of whether or not in this case the conduct of the prosecution was such that the appellant is entitled to a remedy.

Furthermore, the Attorney General's immunity from judicial review, based on the exercise of a judicial function, does not equate with immunity from civil suit for damages for wrongful conduct in the performance of prosecutorial functions which do not involve the exercise of a judicial function. Indeed, most of the functions and acts performed by Crown Attorneys, as agents of the Attorney General, would fall into this category and, accordingly, the immunity may not extend to claims for damages as a result of a prosecution, however instituted but carried out with malice. A ruling on a preliminary motion to the effect that Attorneys General and their agents are absolutely immune from all liability for suits for malicious prosecution may therefore be too expansive and even ill-founded.

Therefore, my view is that this case is not one which should have been disposed of upon a pre-trial motion under Rule 126. The law has long been settled that it is only in the clearest of cases that actions will be struck out, and this is not such a clear case. Of interest in this connection are the comments made in an unreported case in the British Columbia Court of Appeal (*Barrisove v. McDonald*, B.C.C.A., No. 490/74, November 1, 1974 (McFarlane, Robertson and Carrothers JJ.A.)) where an action was commenced against a county court judge for alleged misconduct in the

despote» n'ayant de compte à rendre «qu'à Dieu et à sa conscience», que lord Mansfield s'est vu contraint de rejeter toute notion d'immunité rattachée à la charge de gouverneur: voir *Mostyn v. Fabrigas*, précité. Comme on a pu le voir, l'état du droit à l'égard de l'immunité conférée au procureur général est loin d'être clair. Avant d'énoncer en principe que le procureur général et ses mandataires jouissent d'une immunité absolue contre toute poursuite en responsabilité civile, il doit y avoir un procès pour trancher la question de l'immunité du poursuivant et—s'il est décidé que l'immunité n'est pas absolue—pour fournir le fondement factuel permettant de déterminer si, en l'espèce, la poursuite a été menée de façon telle que l'appelante est en droit d'obtenir réparation.

De plus, l'immunité du procureur général à l'égard du contrôle judiciaire, fondée sur l'exercice d'une fonction judiciaire, n'équivaut pas à une immunité de responsabilité civile pour les dommages résultant d'un acte fautif commis dans l'accomplissement de fonctions ne comportant pas l'exercice d'une fonction judiciaire. En fait, la plupart des fonctions et des actes qu'exécutent les procureurs de la Couronne à titre de mandataires du procureur général relèveraient de cette catégorie et, en conséquence, il est possible que l'immunité ne s'étende pas aux recours en dommages résultant d'une poursuite menée avec malveillance, quelle que soit la façon dont elle a été introduite. Une décision rendue sur une exception préliminaire et portant que les procureurs généraux et leurs mandataires sont à l'abri de toute responsabilité en matière de poursuites abusives pourrait donc être trop large et peut-être même mal fondée.

Par conséquent, je suis d'avis que la présente affaire n'aurait pas dû être tranchée sur une requête préliminaire présentée en vertu de la règle 126. Il est établi depuis longtemps que ce n'est que dans les cas les plus évidents que des actions seront radiées. Or ce n'est pas le cas en l'espèce. Sont intéressants à cet égard les commentaires faits dans un arrêt inédit de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (*Barrisove v. McDonald*, C.A.C.-B., n° 490/74, le 1er novembre 1974 (les juges McFarlane, Robertson et Carrothers)), où une action avait été introduite contre un juge d'une

1989 CanLII 7 (SCC)

course of the plaintiff's trial. The pleadings were struck out in the Supreme Court of British Columbia as alleging no reasonable cause of action, but an appeal was allowed, holding, in effect, that the allegations against the judge were cognizable in a civil action for damages. This case cannot now be considered as authoritative in view of the judgment in this Court in *Morier v. Rivard*, *supra*, but the comments made by Robertson J.A. in agreeing with the disposition made of the appeal are significant. He said (at p. 10):

> I agree with the disposition proposed by my brother [McFarlane] and agree substantially with what he has said. I wish, however, to guard myself against being said to have made a pronouncement on the law which will be binding on the trial judge or upon this Court if following a trial, there should be an appeal to the Court. Rather than saying categorically that the endorsement on the writ and the Statement of Claim discloses a cause of action to which there can be no defence, I prefer to put my reasons on the ground that the question is not one which should have been decided in a proceeding of the sort that was taken here. It is so far from clear that no cause of action is disclosed that, as I have indicated, that stage of the proceedings was not one at which the question should have been decided.

In view of the uncertainty of the law upon this question, it is not possible, in my view, to conclude that the appellant has not alleged a reasonable cause of action in her pleadings and, therefore, the move to strike out the pleadings and dismiss the action as against the Attorney General must fail.

I would therefore dismiss the appeal as against the Crown. There is no order as to costs. I would allow the appeal as against the Attorney General with costs, and direct that the matter be returned to the Supreme Court of Ontario for trial of the claim against the Attorney General.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I agree with my colleague Lamer J. except that I prefer to rely solely on the common law position as set forth by him, leaving

cour de comté sur une allégation d'action fautive pendant le procès du demandeur. La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait radié les actes de procédure au motif qu'ils ne révélaient aucune cause raisonnable d'action, mais l'appel de cette décision a été accueilli et il a été jugé que les allégations contre le juge pouvaient faire l'objet d'une action civile en dommages-intérêts. Compte tenu de l'arrêt précité de cette Cour, *Morier c. Rivard*, cette décision ne peut faire autorité, mais les propos qu'y tient le juge Robertson en souscrivant à la décision de la Cour d'appel sont significatifs (à la p. 10):

> [TRADUCTION] Je suis en accord avec la façon dont mon collègue [le juge McFarlane] propose de trancher le litige et je souscris à l'essentiel de ses motifs. Je ne voudrais pas toutefois qu'on puisse conclure que j'ai établi un principe de droit liant le juge de première instance ou cette Cour, si elle était appelée à statuer en appel. Plutôt que d'affirmer catégoriquement que la mention sur le bref et la déclaration révèlent une cause d'action incontestable, je préfère invoquer comme motifs qu'une question de ce genre n'aurait pas dû être tranchée à l'occasion d'une procédure comme celle qui a été prise en l'espèce. Il est si peu manifeste qu'aucune cause d'action n'est révélée que, je le répète, ce n'est pas à ce stade des procédures que cette question aurait dû être tranchée.

Vu l'incertitude du droit sur ce point, il est impossible à mon avis de conclure que l'appelante n'a pas allégué une cause raisonnable d'action dans ses actes de procédure. En conséquence, la demande de radiation des actes de procédure et la demande de rejet de l'action contre le procureur général doit échouer.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi quant à la Couronne, sans adjudication de dépens. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi quant au procureur général, avec dépens, et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée devant la Cour suprême de l'Ontario pour audition de la réclamation présentée contre le procureur général.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je souscris aux motifs de mon collègue le juge Lamer, quoique je préfère me fonder uniquement sur la position qu'il a adoptée

1989 CanLII 77 (SCC)

consideration of *Charter* implications to another day when it becomes necessary to deal with them.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part)—While I agree with my colleague, Justice McIntyre, that the Crown enjoys absolute immunity from suit even for malicious prosecution, I respectfully disagree with his conclusion that the Attorney General and, by extension, Crown Attorneys, may not. Consequently, I would dismiss the appeal.

My colleague McIntyre J. is of the view that the lower courts erred in striking out the appellant's statement of claim under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice under circumstances where there was sufficient doubt as to the actual state of the law on the question. He finds that the law in Canada is somewhat ambiguous as to the question of the degree of immunity of Attorneys General and Crown Attorneys. For that reason, he orders the matter to proceed to trial. My point of divergence from the reasons of McIntyre J. concerns the appropriate response of this Court under the circumstances. Since, in my view, strong policy reasons exist for granting Attorneys General and Crown Attorneys absolute immunity from prosecution for actions taken in the proper exercise of their powers, I see no reason to prolong this matter any further by remitting it to trial to decide this very same issue.

I would like to make it clear at the outset that I am proceeding from the premise that any decisions taken or acts performed by the respondents in this case were done within the scope of their authority. I perceive the claim of the appellant to be founded on the idea that her prosecution by the respondents, though carried out within the bounds of their authority, was malicious. In this respect, I would distinguish the situation from that which arose in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. In that case, the claim was brought on the basis that the respondent had acted outside the scope of his legitimate authority. The civil action was brought

en vertu de la *common law* et remettre l'examen de l'effet de la *Charte* à un moment où il deviendra nécessaire de trancher cette question.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie)—Quoique je partage l'avis de mon collègue le juge McIntyre, que la Couronne jouit d'une immunité absolue même au cas de poursuite malicieuse, avec déférence, je ne partage pas sa conclusion à l'effet que le procureur général et, par extension, les procureurs de la Couronne n'en jouissent pas. En conséquence, je rejetterais l'appel.

Mon collègue le juge McIntyre estime que les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en rejetant l'action de l'appelante en vertu de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario là où il existait un doute suffisant en ce qui concerne l'état du droit sur cette question. Il conclut que le droit au Canada dénote une certaine ambiguïté quant au degré d'immunité dont jouissent le procureur général et les procureurs de la Couronne. Pour cette raison, il renvoie l'affaire au procès. Là où je diverge d'opinion avec le juge McIntyre c'est quant à la réponse appropriée que notre Cour doit donner à cette question dans les circonstances. Comme j'estime qu'il existe de sérieuses raisons de principe qui militent en faveur de l'immunité absolue pour le procureur général et les procureurs de la Couronne à l'encontre de poursuites civiles pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions, je ne vois pas de raison de prolonger indûment le débat en remettant l'affaire au juge du procès pour qu'il en décide.

Je veux qu'il soit clair dès le départ que je pars de la prémisse que les décisions prises ou les actes entrepris par les intimés en l'instance l'ont été dans l'exercice de leurs fonctions. Telle que je la perçois, l'action de l'appelante est fondée sur la notion que la poursuite qui a été intentée contre elle par les intimés, quoiqu'intentée dans l'exercice de leurs fonctions, l'a été malicieusement. Dans cette perspective, il y a lieu de distinguer cette situation de celle qui a donné lieu à l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Dans cette affaire, l'action avait été prise sur la base que l'intimé avait agi au-delà des limites de ses pouvoirs. La

1989 CanLII 77 (SCC)

against Maurice Duplessis in his capacity as an individual, and not against Duplessis in either of his official roles as Premier of the province or as Attorney General. As Rand J. stated, at pp. 142-43:

The office of Attorney-General traditionally and by statute carries duties that relate to advising the Executive, including here, administrative bodies, enforcing the public law and directing the administration of justice. In any decision of the statutory body in this case, he had no part to play beyond giving advice on legal questions arising. In that role his action should have been limited to advice on the validity of a revocation for such a reason or purpose and what that advice should have been does not seem to me to admit of any doubt. To pass from this limited scope of action to that of bringing about a step by the Commission beyond the bounds prescribed by the legislature for its exclusive action converted what was done into his personal act. [Emphasis added.]

And at p. 144:

Was the act here, then, done by the respondent in the course of that exercise [of his functions]? The basis of the claim, as I have found it, is that the act was quite beyond the scope of any function or duty committed to him, so far so that it was one done exclusively in a private capacity, however much in fact the influence of public office and power may have carried over into it.

It may well be that a governmental authority who acts with malice acts outside of the scope of his authority. However, this is not the issue which was put before us. It is to be noted that the appellant chose to proceed against the Attorney General in his official, rather than personal, capacity. In her factum, the appellant also maintains that all of the respondents were acting, "at all material times" as agents of the Attorney General for Ontario, who "acted as an agent" of Her Majesty the Queen in right of Ontario.

For the purposes of Rule 126, as McIntyre J. has indicated, we must assume that all the facts alleged by the appellant in her submissions are true. The question then, to be decided before the matter is allowed to go to trial, is simply: does the appellant's claim disclose a reasonable cause of

réclamation civile a été intentée contre Maurice Duplessis en sa capacité personnelle et non pas contre Duplessis es qualité premier ministre de la province ou procureur général de la province. Comme le juge Rand l'écrit, aux pp. 142 et 143:

[TRADUCTION] La charge de procureur général s'accompagne traditionnellement et en vertu de la loi de devoirs qui consistent à conseiller l'Exécutif et notamment, comme dans le cas présent, les corps administratifs, à mettre à exécution le droit public et à diriger l'administration de la justice. Dans toute décision de l'organisme statutaire qui nous occupe dans cette affaire, son rôle devrait se borner à celui de conseil sur les questions de droit qui pouvaient se poser. Dans ce rôle, son action aurait dû se limiter à donner un avis sur la validité d'une révocation pour une telle raison ou dans un tel but, et ce qu'aurait dû être cet avis ne me semble souffrir aucune discussion. Le fait de sortir de ce champ d'action limité pour provoquer de la part de la Commission une mesure qui dépassait les limites de l'action exclusive que la législature lui avait assignées, voilà ce qui a fait de son acte un acte personnel. [Je souligne.]

Et à la p. 144:

[TRADUCTION] L'acte en cause ici a-t-il, dès lors, été fait par l'intimé dans l'exercice de ses fonctions? Le fondement de la plainte, il me semble, était que cet acte était de loin hors de toute fonction ou de tout devoir qui lui avaient été confiés, à tel point qu'il n'a pu être fait qu'exclusivement à titre privé, malgré l'importance de l'influence qu'ont pu en fait exercer sur lui la charge et le pouvoir publics réels.

Il est sans doute possible de prétendre qu'une autorité gouvernementale qui agit avec malice, ce faisant, excède ses pouvoirs. Ce n'est toutefois pas ce qu'on plaide devant nous. Je trouve significatif que l'appelante ait choisi de procéder contre le procureur général en sa qualité officielle plutôt que personnellement. Dans son mémoire, l'appelante soutient de plus que tous les intimés agissaient «en tout temps opportun» à titre d'agents du procureur général de l'Ontario, qui, lui, «agissait à titre d'agent» de Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

Pour les fins de la règle 126, comme le juge McIntyre le mentionne, nous devons présumer que tous les faits allégués par l'appelante sont vrais. La question qui doit être décidée avant que l'affaire ne soit renvoyée à procès, est simplement celle-ci: l'appelante a-t-elle un droit d'action? Il s'agit là

1989 CanLII 77 (SCC)

action? This is a pure question of law, and no evidence is required for its determination. In fact, there is every advantage, in terms of saving the time and cost of a trial, to decide a question of law at the outset. This, in fact, is the very reason for the existence of Rule 126.

In the present case, a determination that the Attorney General and Crown Attorneys enjoy absolute immunity would settle the question definitively. Both the judge at first instance and the Court of Appeal of Ontario proceeded on this basis. I intend to do so as well. This is also the course followed in *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, which came to this Court on an interlocutory question similar to the one in this case.

This, of course, does not mean that I disagree with McIntyre J. when he proposes that, in general, important questions should not be disposed of in interlocutory fashion. However, this, in my view, does not apply in cases such as the one before us, where the defense offered at the outset is one of law only, namely that the right of action is barred independently of the facts alleged.

The action brought by Nelles is completely dependent upon the answer to the question of whether Attorneys General and Crown Attorneys are immune from civil suit. As such, the matter can and should be decided by this Court in the present appeal. My answer to the question is that the immunity from civil suit enjoyed by Attorneys General and Crown Attorneys is absolute when they are acting within the bounds of their authority. I rest my reasons on the very carefully considered judgment of the unanimous Ontario Court of Appeal: *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513. The Court of Appeal (Houlden, Thorson and Robins JJ.A.) undertook a thorough review of the authorities in the course of a lengthy and well reasoned discussion of the arguments on either side of the issue.

As Thorson J.A. put it, at p. 531:

d'une pure question de droit qui, pour sa détermination, ne requiert ni enquête ni preuve. En fait, il y a tout avantage, en termes de temps et de coût qu'implique un procès, de décider de cette question *in limine litis*. C'est précisément d'ailleurs la raison d'être de la règle 126.

En l'instance, une décision à l'effet que le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue réglerait définitivement la question. Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont procédé sur cette base. J'entends aussi le faire. C'est d'ailleurs la voie empruntée par notre Cour dans l'arrêt *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, qui est venu devant notre Cour sur une requête interlocutoire similaire à celle qui fait l'objet du présent appel.

Ceci, bien sûr, ne veut pas dire que je ne partage pas les vues de mon collègue le juge McIntyre lorsqu'il propose qu'en général d'importantes questions ne devraient pas être décidées à l'occasion de requêtes de nature interlocutoire. Cependant, j'estime que cette règle ne s'applique pas dans les cas où, comme ici, la défense à ce stade en est une de droit uniquement, soit que le droit d'action n'existe pas, quels que soient les faits allégués.

Le sort de l'action entreprise par l'appelante Nelles dépend entièrement de la réponse à la question de savoir si les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue à l'encontre d'une poursuite civile. Une telle question peut et doit être résolue par notre Cour dans le présent pourvoi. En réponse à cette question, je suis d'opinion que les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue à l'encontre de poursuites civiles lorsqu'ils agissent dans les limites de leurs pouvoirs. J'assois mon opinion sur le jugement unanime et les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513. La Cour d'appel (les juges Houlden, Thorson et Robins) s'est livrée à une revue exhaustive de la jurisprudence dans le cours d'une discussion, élaborée et bien étayée, des arguments militant en faveur de l'un et l'autre point de vue.

Tel que l'écrit le juge Thorson, à la p. 531:

1989 CarswellOnt 76 (SCC)

... the concept that the Attorney-General and Crown Attorneys should enjoy an absolute immunity from civil suit for their conduct in initiating and conducting criminal prosecutions is a troubling one. That it confronts thoughtful and fair-minded persons with the need to make what cannot be other than a difficult choice, is obvious.

Ultimately, however, "[a]s is so often the case, the answer must be found in a balance between the evils inevitable in either alternative" (*Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), at p. 581).

While there are significant differences between the role of prosecutors in the American legal system, and the role of Crown Attorneys in Canada, it is my view that the basic principles underlying the grant of immunity to these agents are the same. These principles have been clearly elucidated in American case law. For example, in *Gregoire*, *supra*, Learned Hand J. expanded on the underlying rationale for the immunity of officials, at p. 581:

The justification for doing so is that it is impossible to know whether the claim is well founded until the case has been tried, and that to submit all officials, the innocent as well as the guilty, to the burden of a trial and to the inevitable danger of its outcome, would dampen the ardor of all but the most resolute, or the most irresponsible, in the unflinching discharge of their duties. Again and again the public interest calls for action which may turn out to be founded on a mistake, in the face of which an official may later find himself hard put to it to satisfy a jury of his good faith. There must indeed be means of punishing public officers who have been truant to their duties; but that is quite another matter from exposing such as have been honestly mistaken to suit by anyone who has suffered from their errors.

Similarly, Powell J. in *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), observed, at pp. 422-23:

The common-law immunity of a prosecutor is based upon the same considerations that underlie the common-law immunities of judges and grand jurors acting within the scope of their duties. These include concern that harassment by unfounded litigation would cause a de-

[TRADUCTION] ... le concept que le procureur général et les procureurs de la Couronne devraient jouir d'une immunité absolue à l'encontre de poursuites civiles en raison de leur conduite dans l'initiation et la conduite de poursuites criminelles est une question troublante. Qu'elle confronte des personnes ayant un souci d'équité et de justice avec la nécessité de faire un choix qui ne peut être que difficile, est évident.

En bout de ligne, toutefois, [TRADUCTION] «[c]omme c'est souvent le cas, la réponse se trouve dans la recherche d'un juste équilibre entre deux maux également inévitables» (*Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), à la p. 581).

Quoiqu'il existe des divergences significatives entre le rôle des procureurs (*prosecutors*) dans le système juridique américain et celui des procureurs de la Couronne au Canada, j'estime que les principes fondamentaux qui sous-tendent l'immunité accordée à ces agents sont les mêmes. Ces principes ont été clairement énoncés dans la jurisprudence américaine. À titre d'exemple, dans *Gregoire*, précité, le juge Learned Hand a explicité la philosophie sous-jacente en ce qui concerne l'immunité des officiers publics, à la p. 581:

[TRADUCTION] La justification pour ce faire est qu'il est impossible de savoir si l'action est bien fondée jusqu'à ce que le procès ait lieu et de soumettre tous les officiers publics, les innocents comme les coupables, au fardeau d'un procès et à l'inévitable incertitude quant à son issue, serait de nature à éteindre l'ardeur de non moins que le plus résolu, ou le plus irresponsable, dans la décharge indéfectible de ses devoirs. L'intérêt public demande plus souvent qu'autrement que des décisions soient prises, décisions qui pourraient par la suite s'avérer mal fondées, ce pourquoi un officier public pourrait être obligé de défendre sa bonne foi devant un jury. Il doit sûrement y avoir des moyens de punir un officier public qui a négligé son devoir; ceci est toutefois tout autre chose que d'exposer ceux qui ont commis d'honnêtes erreurs de la part de quiconque a été victime de ces erreurs.

De même, le juge Powell dans *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), a fait observer, aux pp. 422 et 423:

[TRADUCTION] L'immunité de *common law* d'un procureur (*prosecutor*) est fondée sur les mêmes considérations qui sous-tendent l'immunité des juges et des grands jurés qui agissent dans les limites de leurs pouvoirs. Ces considérations incluent la peur que le harassement d'être

1989 CanLII 77 (SCC)

flection of the prosecutor's energies from his public duties, and the possibility that he would shade his decisions instead of exercising the independence of judgment required by his public trust.

The role of absolute immunity is not to protect the interests of the individual holding the office, rather it is to advance the greater public good. Absolute immunity is based upon principles of public policy. In *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (2d Cir. 1926), Rogers J. wrote, at p. 406:

> The public interest requires that persons occupying such important positions and so closely identified with the judicial departments of the government should speak and act freely and fearlessly in the discharge of their important official functions. They should be no more liable to private suits for what they say and do in the discharge of their duties than are the judges and jurors, to say nothing of the witnesses who testify in a case.

Attorneys General and Crown Attorneys are often faced with difficult decisions as to whether to proceed in matters which come before them. It is unfortunate that, like all human beings, they cannot be immune from error. However, the holders of such offices can and should be immune from prosecution for any such errors which occur in the course of the exercise of their functions. The freedom of action of Attorneys General and Crown Attorneys is vital to the effective functioning of our criminal justice system. In my view, the greater public interest is best served by giving absolute immunity to these agents.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed as against the Crown and appeal allowed with costs as against the Attorney General, L'HEUREUX-DUBÉ J. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant: Stikeman, Elliott, Toronto.

Solicitor for the respondents: R. F. Chaloner, Toronto.

entraîné dans un litige non fondé serait de nature à réduire la vigueur que les procureurs doivent avoir dans la décharge de leurs devoirs publics et la possibilité qu'ils nuancent leurs décisions au lieu de les exercer avec l'indépendance de jugement que requiert la confiance que le public met en eux.

L'immunité absolue n'a pas pour but de protéger l'individu qui détient une charge publique mais plutôt d'assurer le plus grand bien du public. L'immunité absolue est fondée sur des principes d'ordre public. Dans l'arrêt *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (2d Cir. 1926), le juge Rogers écrit, à la p. 406:

> [TRADUCTION] L'intérêt public requiert que les personnes qui occupent des positions d'une telle importance et si intimement liées au secteur de la justice du gouvernement doivent parler et agir librement et sans peur dans la décharge de leurs importantes fonctions officielles. Elles ne devraient pas être plus susceptibles de poursuites civiles pour leurs paroles et leurs actes dans l'exercice de leurs fonctions que ne le sont les juges et les jurés, sans parler des témoins appelés à rendre témoignage dans une cause.

Les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne sont souvent confrontés à des décisions difficiles quant au dépôt d'une poursuite dans des affaires qui leur sont soumises. Il est malheureux que, comme tout être humain, ils ne soient pas exempts d'erreurs. Toutefois, ceux qui détiennent de telles positions peuvent et doivent jouir d'une immunité de poursuite pour de telles erreurs qui se produisent dans le cours de l'exercice de leurs fonctions. La liberté d'action des procureurs généraux et des procureurs de la Couronne est vitale pour assurer que notre système de justice criminelle fonctionne de façon efficace. J'estime que le bien public est mieux servi en conférant à ces agents une immunité absolue.

Je rejetterais l'appel.

Pourvoi rejeté en ce qui concerne la Couronne et accueilli avec dépens en ce qui concerne le procureur général, le juge L'HEUREUX-DUBÉ *est dissidente en partie.*

Procureurs de l'appelante: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureur des intimés: R. F. Chaloner, Toronto.

1989 CanLII 77 (SCC)