

Ivan William Mervin Henry *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right
of the Province of British Columbia as
represented by the Attorney General
of British Columbia and Attorney General
of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Nova Scotia,
Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Attorney General of Newfoundland
and Labrador, Association in Defence
of the Wrongly Convicted, David Asper
Centre for Constitutional Rights,
British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian Civil Liberties Association,
Criminal Lawyers' Association and
Canadian Association of
Crown Counsel** *Interveners*

**INDEXED AS: HENRY v. BRITISH COLUMBIA
(ATTORNEY GENERAL)**

2015 SCC 24

File No.: 35745.

2014: November 13; 2015: May 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel,* Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedies
— Damages — Civil action — Prosecutorial miscon-
duct in criminal proceedings — Disclosure obligations of*

* LeBel J. took no part in the judgment.

Ivan William Mervin Henry *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province
de la Colombie-Britannique représentée
par le procureur général de la
Colombie-Britannique et procureur
général du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Nouvelle-Écosse,
procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
procureur général de Terre-Neuve-
et-Labrador, Association in Defence
of the Wrongly Convicted, David Asper
Centre for Constitutional Rights,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique,
Association canadienne des libertés civiles,
Criminal Lawyers' Association et
Association canadienne des juristes
de l'État** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : HENRY c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2015 CSC 24

N° du greffe : 35745.

2014 : 13 novembre; 2015 : 1^{er} mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel*,
Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Répa-
ration — Dommages-intérêts — Action civile — Con-
duite répréhensible du poursuivant dans des poursuites*

* Le juge LeBel n'a pas participé au jugement.

prosecutors — Wrongful non-disclosure — Malice — Claimant wrongfully convicted and incarcerated for almost 27 years — Claimant bringing civil action alleging breach of Charter rights resulting from Crown counsel's wrongful non-disclosure of relevant information — Damages under s. 24(1) sought against Crown — Whether s. 24(1) authorizes courts to award damages against Crown for wrongful non-disclosure — Level of fault claimant must establish to meet liability threshold for awarding s. 24(1) damages — Whether malice required — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

H was convicted in 1983 of 10 sexual offences, declared a dangerous offender, and imprisoned for almost 27 years. In October 2010, the B.C. Court of Appeal quashed all 10 convictions and substituted acquittals for each, finding serious errors in the conduct of the trial and concluding that the guilty verdicts were unreasonable in light of the evidence as a whole. H brought a civil suit against the Attorney General of British Columbia (“AGBC”), seeking damages under s. 24(1) of the *Charter* for harm suffered as a consequence of his wrongful convictions and imprisonment.

H alleges that the Crown failed to make full disclosure of relevant information before, during, and after his trial. H made numerous requests for disclosure of all victim statements as well as medical and forensic reports. The Crown did not disclose any of the requested material before the commencement of trial. At trial, the Crown provided him with several victim statements, but approximately 30 additional statements were not disclosed. These statements revealed inconsistencies that could have been used to attack the already-suspect identification evidence put forward by the Crown. Key forensic evidence was also not disclosed. Furthermore, the Crown failed to disclose the existence of another suspect who had been arrested twice in the vicinity of the attacks.

criminelles — Obligation des poursuivants en matière de communication de la preuve — Défaut injustifié de communiquer des renseignements — Malveillance — Demandeur condamné injustement et incarcéré pendant presque 27 ans — Action civile du demandeur alléguant une violation de droits garantis par la Charte résultant du défaut injustifié de l’avocat du ministère public de communiquer des renseignements pertinents — Demande de dommages-intérêts contre l’État en vertu de l’art. 24(1) — L’article 24(1) autorise-t-il les tribunaux à condamner l’État à des dommages-intérêts dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements? — Degré de faute que le demandeur doit établir pour satisfaire au seuil de responsabilité permettant l’adjudication de dommages-intérêts en vertu de l’art. 24(1) — La preuve de la malveillance est-elle requise? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

H a été reconnu coupable en 1983 de 10 infractions sexuelles; il a été déclaré délinquant dangereux et est demeuré incarcéré pendant presque 27 ans. En octobre 2010, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a annulé chacune des 10 déclarations de culpabilité et les a remplacées par un acquittement après avoir constaté de graves erreurs dans le déroulement du procès et avoir conclu que les verdicts de culpabilité étaient déraisonnables, compte tenu de l’ensemble de la preuve. H a intenté contre le procureur général de la Colombie-Britannique (« PGCB ») une poursuite civile par laquelle il réclame en vertu du par. 24(1) de la *Charte* des dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait de ses condamnations et de son emprisonnement injustifiés.

H allègue que le ministère public n’a pas communiqué l’intégralité des renseignements pertinents avant, durant et après son procès. H a demandé à plusieurs reprises qu’on lui communique toutes les déclarations des victimes, ainsi que des rapports médicaux et des rapports d’expertise médico-légale. Le ministère public n’a communiqué aucun des documents réclamés avant l’ouverture du procès. Au procès, le ministère public lui a fourni quelques déclarations faites par des victimes, mais on ne lui a pas communiqué une trentaine d’autres déclarations. Ces déclarations révélaient des contradictions qui auraient pu être utilisées pour contester la preuve d’identification déjà suspecte avancée par le ministère public. Des preuves médico-légales importantes ne lui ont pas non plus été communiquées. En outre, le ministère public a omis de divulguer l’existence d’un autre suspect qui avait été arrêté à deux reprises à proximité des lieux des agressions.

In his Notice of Civil Claim, H pleaded various causes of action, including negligence, malicious prosecution, and breach of his ss. 7 and 11(d) *Charter* rights. The AGBC moved to strike the causes of action grounded in negligence and the *Charter*. The B.C. Supreme Court struck the negligence claim as inconsistent with this Court's holding in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, but allowed H's *Charter* claim to proceed since it was founded on allegations of malicious conduct. The court noted, however, that if H intended to pursue a *Charter* damages claim against the AGBC for conduct falling short of malice, he would have to seek leave to amend his pleadings. H applied for leave to amend his pleadings to claim *Charter* damages against the AGBC for non-malicious conduct. In permitting H to amend his claim accordingly, the application judge found that a threshold lower than malice should apply and that s. 24(1) damages awards are justified where the Crown's conduct represents a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of prosecutors. The Court of Appeal unanimously allowed the AGBC's appeal, concluding that H was not entitled to seek *Charter* damages for the non-malicious acts and omissions of Crown counsel.

Held: The appeal should be allowed. Section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* authorizes courts of competent jurisdiction to award damages against the Crown for prosecutorial misconduct absent proof of malice.

Per Abella, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.: Where, as here, a claimant seeks *Charter* damages based on allegations that the Crown's failure to disclose violated his or her *Charter* rights, proof of malice is not required. Instead, a cause of action will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. This represents a high threshold for a successful *Charter* damages claim, albeit one that is lower than malice. Only by keeping liability within strict bounds can a reasonable balance be struck between remedying serious rights violations and

Dans sa déclaration, H a plaidé diverses causes d'action, notamment la négligence, la poursuite abusive et la violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Le PGCB a demandé la radiation des causes d'action fondées sur la négligence et sur la *Charte*. La Cour suprême de la C.-B. a radié la demande fondée sur la négligence au motif qu'elle était incompatible avec la décision de la Cour dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, mais a permis que la demande de H fondée sur la *Charte* suive son cours puisqu'elle reposait sur des allégations de malveillance. La cour a toutefois fait observer que, s'il entendait réclamer en vertu de la *Charte* des dommages-intérêts contre le PGCB pour une conduite ne constituant pas de la malveillance, H devait demander l'autorisation de modifier ses actes de procédure. H a demandé l'autorisation de modifier ses actes de procédure afin de réclamer contre le PGCB, en vertu de la *Charte*, des dommages-intérêts pour conduite non malveillante. En autorisant H à modifier sa demande en conséquence, le premier juge a estimé qu'il y avait lieu de retenir un seuil moins élevé que celui de la malveillance et que l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) ne se justifie que si la conduite du poursuivant déroge de façon marquée et inacceptable aux normes raisonnables que devraient respecter les poursuivants. La Cour d'appel a accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par le PGCB et a conclu que H n'avait pas le droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les actes et les omissions non malveillants des avocats du ministère public.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* autorise les tribunaux compétents, en cas de conduite répréhensible du poursuivant, à condamner l'État à des dommages-intérêts en l'absence d'une preuve de malveillance.

Les juges Abella, Moldaver, Wagner et Gascon : Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un demandeur réclame des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en alléguant que le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve a eu pour effet de violer les droits que lui garantit la *Charte*, la preuve de la malveillance n'est pas requise. L'accusé dispose plutôt d'un droit d'action lorsque, en violation de ses obligations constitutionnelles, le ministère public lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut de les communiquer pourrait porter atteinte à la possibilité, pour l'accusé, de présenter une défense pleine et entière. Cette norme représente un

maintaining the efficient operation of our public prosecution system.

In *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, this Court recognized that s. 24(1) of the *Charter* authorizes damage claims directed against the state for violations of the claimant's constitutional rights. The Chief Justice outlined a framework to determine the state's liability for *Charter* damages. Under this framework, the claimant must demonstrate that the state has breached one of his or her *Charter* rights and that an award of damages would serve a compensation, vindication, or deterrence function. Once that burden is met, the onus shifts to the state to rebut the claimant's case based on countervailing considerations.

The countervailing consideration at issue in this case relates to concerns over good governance. *Ward* recognizes that policy factors may justify restricting the state's exposure to civil liability by establishing a minimum threshold of gravity. If the threshold of gravity is set too low for a *Charter* damages claim alleging Crown misconduct, the ability of prosecutors to discharge their important public duties will be undermined, with adverse consequences for the administration of justice. Specifically, the spectre of liability may influence the decision-making of prosecutors and make them more "defensive" in their approach. A low threshold would also open up the floodgates of civil liability and force prosecutors to spend undue amounts of time and energy defending their conduct in court.

The AGBC submits that, to attract liability for *Charter* damages, the Crown's conduct must rise to the level of "malice". The malice standard has been extensively canvassed in this Court's malicious prosecution jurisprudence. Under the tort of malicious prosecution, a prosecutor will be liable for the decision to initiate or continue a prosecution against an individual without reasonable and probable cause, provided that such decision was characterized by malice. Malice requires more than recklessness or

seuil élevé pour qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* soit accueillie, mais elle est moins exigeante que la norme de la malveillance. Ce n'est qu'en maintenant la responsabilité à l'intérieur de limites strictes que peut être établi un équilibre raisonnable entre la réparation de violations graves des droits et la préservation du bon fonctionnement de notre système de poursuites pénales.

Dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, la Cour a reconnu que le par. 24(1) de la *Charte* autorise les demandes de dommages-intérêts dirigées contre l'État pour violation des droits constitutionnels garantis au demandeur. Le Juge en chef a proposé un cadre d'analyse pour déterminer la responsabilité de l'État en dommages-intérêts pour violation de la *Charte*. Selon ce cadre d'analyse, le demandeur doit démontrer que l'État a violé l'un des droits que lui garantit la *Charte* et que l'attribution de dommages-intérêts remplirait une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Une fois qu'il s'est acquitté de ce fardeau, il revient à l'État de réfuter la preuve du demandeur en faisant valoir des facteurs qui font contrepoids.

La considération qui fait contrepoids en cause dans la présente affaire a trait aux préoccupations relatives au bon gouvernement. L'arrêt *Ward* reconnaît que des facteurs de principe peuvent justifier que l'on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l'État en établissant un seuil minimal de gravité. Si l'on fixe trop bas le seuil minimal de gravité dans le cas d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qui allègue une conduite répréhensible du ministère public, la possibilité pour les avocats du ministère public de s'acquitter de leurs importantes fonctions publiques s'en trouvera compromise et l'administration de la justice en souffrira. Plus précisément, le spectre de la responsabilité pourrait influencer la prise de décision des poursuivants et les mettre davantage « sur la défensive ». Un seuil peu élevé déclencherait également une avalanche de poursuites civiles et obligerait les poursuivants à consacrer trop de temps et d'énergie à justifier leur conduite devant le tribunal.

Le PGCB affirme que, pour engager la responsabilité ouvrant droit à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, la conduite du ministère public doit constituer de la « malveillance ». La norme de la malveillance a été examinée à fond dans les décisions de la Cour relatives aux poursuites abusives. Dans le cas du délit civil de poursuite abusive, un poursuivant engage sa responsabilité s'il décide d'engager ou de continuer une poursuite criminelle contre une personne en l'absence de

gross negligence. Rather, the plaintiff must demonstrate a willful and intentional effort on the Crown's part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system. The malice standard will only be met in exceptional cases where the plaintiff can prove that a prosecutor's decision was driven by an improper purpose or motive, wholly inconsistent with Crown counsel's role as minister of justice.

There are several reasons why malice does not provide a useful liability threshold for *Charter* damages claims alleging wrongful non-disclosure by prosecutors. First, the malice standard is firmly rooted in the tort of malicious prosecution, which has a distinctive history and purpose. Second, malice requires an inquiry into whether the prosecutor was motivated by an improper purpose. Such an inquiry is apt when the impugned conduct is a highly discretionary decision such as the decision to initiate or continue a prosecution, because discretionary decision-making can best be evaluated by reference to the decision-maker's motives. However, the decision to disclose relevant information is not discretionary. It is a constitutional obligation which must be properly discharged by the Crown in accordance with an accused's *Charter* right to make full answer and defence. As such, the motives of the prosecutor in withholding information are immaterial. Third, unlike the decision to initiate or continue a prosecution, disclosure decisions do not fall within the core of prosecutorial discretion, and therefore do not warrant such an onerous threshold to insulate them from judicial scrutiny. Finally, a purposive approach to s. 24(1) militates against the malice standard.

While the malice standard is not directly applicable, the compelling good governance concerns raised in our malicious prosecution jurisprudence must be taken into account in determining the appropriate liability threshold for cases of wrongful non-disclosure. The liability threshold must ensure that Crown counsel will not be diverted from their important public duties by having to defend against a litany of civil claims. Moreover, a widespread "chilling effect" on the behaviour of prosecutors must be avoided. Therefore, the threshold must allow for strong

motifs raisonnables et probables, pourvu que cette décision soit empreinte de malveillance. La malveillance exige plus que l'insouciance ou la négligence grave. Le demandeur doit plutôt démontrer un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale. Le demandeur ne satisfera à la norme de la malveillance que dans les cas exceptionnels où il peut établir que la décision du poursuivant était motivée par un but ou un motif illégitime tout à fait incompatible avec le rôle de l'avocat du ministère public en tant que représentant de la justice.

Pour plusieurs raisons, la malveillance ne fournit pas un seuil de responsabilité utile dans le cas des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* dans lesquelles on allègue le défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements. En premier lieu, la norme de la malveillance est fermement enracinée dans le délit de poursuite abusive, qui a son propre historique et son propre objet. En deuxième lieu, la malveillance exige que l'on examine si le poursuivant était motivé par un but illégitime. Cet examen est approprié lorsque la conduite reprochée est une décision hautement discrétionnaire comme celle d'engager ou de continuer une poursuite, parce que la meilleure façon d'évaluer la prise d'une décision discrétionnaire est de le faire en fonction des motifs du décideur. Cependant, la décision de communiquer des renseignements pertinents n'est pas de nature discrétionnaire. Il s'agit d'une obligation constitutionnelle dont doit s'acquitter convenablement le ministère public, en harmonie avec le droit de présenter une défense pleine et entière que la *Charte* garantit à un accusé. Les motifs du poursuivant qui ne dévoile pas certains renseignements à l'accusé n'ont eux-mêmes aucune importance. En troisième lieu, contrairement à la décision d'engager ou de continuer une poursuite, les décisions en matière de communication ne ressortissent pas au pouvoir discrétionnaire essentiel et ne justifient donc pas un seuil aussi élevé pour les soustraire au contrôle judiciaire. Enfin, une interprétation téléologique du par. 24(1) milite à l'encontre de la norme de la malveillance.

Bien que la norme de la malveillance ne s'applique pas directement, il faut tenir compte des préoccupations impérieuses relatives au bon gouvernement évoquées dans nos décisions traitant de la malveillance pour établir le seuil de responsabilité qui convient aux cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Le seuil de responsabilité doit faire en sorte que les avocats du ministère public ne soient pas détournés de leurs fonctions publiques importantes par l'obligation de se défendre contre une multitude de poursuites civiles. De plus, il faut

claims to be heard on their merits, while guarding against a proliferation of marginal cases.

Good governance concerns mandate a high threshold that substantially limits the scope of liability. The standard adopted by the application judge, which is akin to gross negligence, does not provide sufficient limits. H submits that an even lower threshold — a simple breach of the *Charter* without any additional element of fault — should apply in this context. This approach fails to address the compelling policy and practical concerns that justify limiting prosecutorial liability. H alleges very serious instances of wrongful non-disclosure that demonstrate a shocking disregard for his *Charter* rights. His claim as pleaded meets the liability threshold established here. However, H's exceptional case should not be used to justify a substantial expansion of prosecutorial liability.

Whether considered at the pleadings stage or at trial, the same formulation of the test applies. At trial, a claimant must convince the fact-finder on a balance of probabilities that (1) the prosecutor intentionally withheld information; (2) the prosecutor knew or ought reasonably to have known that the information was material to the defence and that the failure to disclose would likely impinge on his or her ability to make full answer and defence; (3) withholding the information violated his or her *Charter* rights; and (4) he or she suffered harm as a result. To withstand a motion to strike, a claimant would only need to plead facts which, taken as true, would be sufficient to support a finding on each of these elements.

The liability threshold focuses on two key elements: the prosecutor's intent, and his or her actual or imputed knowledge. The purpose of these elements is not to shield prosecutors from liability by placing an undue burden on claimants to prove subjective mental states. Rather, they are designed to set a sufficiently high threshold to address good governance concerns while preserving a cause of action for serious instances of wrongful non-disclosure.

éviter un « effet paralysant » généralisé sur le comportement des poursuivants. Le seuil de responsabilité doit donc permettre l'audition sur le fond des demandes solides tout en empêchant une prolifération de demandes marginales.

Les préoccupations relatives au bon gouvernement commandent un seuil élevé qui limite sensiblement la portée de la responsabilité. La norme adoptée par le juge de première instance, laquelle s'apparente à la négligence grave, n'offre pas de limites suffisantes. H plaide qu'un seuil encore plus bas — une simple violation de la *Charte* sans autre élément de faute — devrait s'appliquer dans ce contexte. Cette solution ne tient pas compte des préoccupations pratiques et de principe impérieuses qui justifient une limitation de la responsabilité du poursuivant. H allègue des cas très graves de défaut de communiquer des renseignements qui manifestent une indifférence consternante à l'égard des droits que lui garantit la *Charte*. Les allégations de sa demande respectent le seuil de responsabilité établi en l'espèce. Toutefois, le cas exceptionnel de H ne doit pas servir à justifier un élargissement important de la responsabilité du poursuivant.

Que l'examen ait lieu au stade des actes de procédure ou au procès, la même formulation du critère s'applique. Au procès, un demandeur doit convaincre le juge des faits, selon la prépondérance des probabilités, (1) que le poursuivant a retenu délibérément des renseignements, (2) que le poursuivant savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense du demandeur et que le fait de ne pas les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité de présenter une défense pleine et entière, (3) que la rétention de ces renseignements a porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* au demandeur, et (4) que le demandeur a subi un préjudice en conséquence. Pour résister à une requête en radiation, un demandeur n'a qu'à alléguer des faits qui, tenus pour avérés, seraient suffisants pour étayer une conclusion sur chacun de ces éléments.

Le seuil de responsabilité porte sur deux éléments clés : l'intention du poursuivant et sa connaissance de fait ou présumée. Ces éléments ne visent pas à protéger les poursuivants contre toute responsabilité en imposant aux demandeurs le fardeau excessif de prouver des états d'esprit subjectifs. Ils visent plutôt à établir un seuil suffisamment élevé qui permette à la fois de tenir compte des préoccupations relatives au bon gouvernement et de préserver une cause d'action dans les cas graves de défaut injustifié de communiquer des renseignements.

The consequences of setting a lower threshold in this context — simple negligence, or even the gross negligence standard adopted by the application judge — would be serious. This type of threshold implicates a duty of care paradigm that ignores the basic realities of conducting a criminal prosecution. The problems with a negligence-based standard are even more apparent when considering how this lower threshold would operate at the pleadings stage. It would be far too easy for a claimant with a weak claim to plead facts disclosing a cause of action for negligence and thus drive prosecutors into civil court. Bringing a *Charter* damages claim for prosecutorial misconduct should not be a mere exercise in artful pleading.

In addition to establishing a *Charter* breach and the requisite intent and knowledge, a claimant must prove that, as a result of the wrongful non-disclosure, he or she suffered a legally cognizable harm. Liability attaches to the Crown only upon a finding of “but for” causation. Regardless of the nature of the harm suffered, a claimant would have to prove, on a balance of probabilities, that “but for” the wrongful non-disclosure he or she would not have suffered that harm. The “but for” causation test may, however, be modified in situations involving multiple alleged wrongdoers.

H may seek to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages alleging that the Crown, in breach of its constitutional obligations, caused him harm by intentionally withholding information when it knew, or should reasonably have known, that the information was material to his defence and that the failure to disclose would likely impinge on his ability to make full answer and defence.

Per McLachlin C.J. and Karakatsanis J.: H need not allege that the Crown breached its constitutional obligation intentionally, or with malice, in order to access *Charter* damages. Applying the principles from *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, to this case, H must plead facts that, if true, establish a

Imposer un seuil peu élevé dans un tel contexte — la norme de la négligence simple, ou même celle de la négligence grave retenue par le juge de première instance — entraînerait de graves conséquences. Ce type de seuil fait intervenir un paradigme fondé sur l’obligation de diligence qui ne tient pas compte des réalités fondamentales du déroulement d’une poursuite criminelle. Les problèmes que présente une norme fondée sur la négligence ressortent davantage lorsqu’on se demande comment ce seuil moins élevé pourrait s’appliquer à l’étape des actes de procédure. Il serait beaucoup trop facile pour un demandeur dont la cause est difficilement justifiable de plaider des faits qui révèlent une cause d’action fondée sur la négligence et donc, de traîner les poursuivants devant les tribunaux civils. Le fait d’intenter en vertu de la *Charte* une action en dommages-intérêts pour inconduite du poursuivant ne devrait pas constituer un simple exercice pour un plaideur habile.

En plus d’avoir à établir une violation de la *Charte* ainsi que l’intention et la connaissance requises, le demandeur doit prouver que le défaut injustifié de communiquer des renseignements lui a causé un préjudice reconnu en droit. Le ministère public n’engage sa responsabilité que si l’on conclut à l’existence d’un lien de causalité fondé sur un « facteur déterminant ». Quelle que soit la nature du préjudice subi, le demandeur devrait établir selon la prépondérance des probabilités que « n’eût été » le défaut injustifié de communiquer des renseignements, il n’aurait pas subi ce préjudice. Le critère du « facteur déterminant » peut toutefois être modifié dans les cas où la faute est attribuée à plusieurs personnes.

H peut demander de modifier ses actes de procédure afin d’y inclure une demande en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* dans laquelle il allègue que le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu’il savait, ou qu’il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour sa défense et que le défaut de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité, pour H, de présenter une défense pleine et entière.

La juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis : H n’a pas à alléguer que le ministère public a contrevenu intentionnellement, ou avec malveillance, à son obligation constitutionnelle pour réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Si l’on applique les principes énoncés dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27,

breach of his *Charter* rights and that damages constitute an appropriate and just remedy to advance the purposes of compensation, vindication or deterrence. If proven at trial, the facts alleged by H would indisputably establish a breach of H's disclosure rights under s. 7 of the *Charter*, which had a direct and serious impact on the fairness of his trial. In these circumstances, an award of *Charter* damages under s. 24(1) may provide some compensation for the hardships H has endured and may also help publicly vindicate such a serious violation of the *Charter* rights the Crown is alleged to have breached. The objective of deterrence may also be served by an award of damages that highlights the need for the state to remain vigilant in meeting its constitutional obligations.

At step three of the *Ward* analysis, the government has an opportunity to advance any countervailing considerations that would make it inappropriate or unjust to award damages under s. 24(1). At the current stage of proceedings in this case, it is far from clear that there is an alternative remedy that will fulfill the functional objectives of *Charter* damages. As to good governance concerns, the second set of countervailing considerations discussed in *Ward*, those raised by the Attorney General of British Columbia are misplaced in this case. H's case does not involve the exercise of prosecutorial discretion in the usual sense of the term. The discretion to commence and pursue a prosecution is vital to the effective prosecution of criminal cases and claims can only be brought against prosecutors for misuse of this discretion if malice can be shown. The legal duty on the Crown to disclose relevant evidence, however, is not a discretionary function but a legal obligation. This obligation is absolute. The only discretion left to the prosecutor is a limited operational discretion relating to timing, relevance in borderline cases, privilege and protection of witness identity. An action for failure to disclose relevant evidence to the defence is different from an action for misuse of prosecutorial discretion in bringing or pursuing a prosecution. It is not an action for abuse of discretion, but an action for breach of a legal duty imposed on the state by the *Charter*. Recognizing H's claim will not chill the exercise of prosecutorial discretion, nor will it change the high standard of malice for tort actions for misuse of

[2010] 2 R.C.S. 28, à la présente affaire, H doit alléguer des faits qui, s'ils s'avèrent, devront établir qu'il y a eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et que les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste qui favorise la réalisation d'au moins une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Si les faits allégués par H sont prouvés lors du procès, ils établiront incontestablement que ses droits à la communication de la preuve, garantis par l'art. 7 de la *Charte*, ont été violés, ce qui a directement et gravement compromis l'équité de son procès. Dans les circonstances, l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait permettre à H d'être indemnisé pour les épreuves qu'il a vécues et également soutenir publiquement la défense des droits garantis par la *Charte* que le ministère public aurait si gravement violés dans le cas de H. L'objectif de dissuasion peut également être réalisé par l'attribution de dommages-intérêts qui souligne la nécessité pour l'État de demeurer vigilant quant au respect de ses obligations constitutionnelles.

À la troisième étape de l'analyse prescrite par l'arrêt *Ward*, le gouvernement a la possibilité de présenter toutes les considérations faisant contrepoids qui pourraient démontrer que l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste. Au stade où en est l'instance en l'espèce, l'existence d'une autre mesure de réparation qui réaliserait les objectifs fonctionnels de l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* est loin d'être certaine. En ce qui concerne le bon gouvernement, le deuxième ensemble de considérations faisant contrepoids examinées dans l'arrêt *Ward*, soit celles soulevées par le procureur général de la Colombie-Britannique sont hors de propos en l'espèce. La cause de H ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public au sens où on l'entend normalement. Le pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite est vital pour assurer que les infractions criminelles sont efficacement poursuivies, et il ne peut être engagé d'action contre un poursuivant qui aurait mal exercé ce pouvoir discrétionnaire que dans les cas où la malveillance pourrait être établie. L'obligation légale de communication de la preuve qui incombe au ministère public n'est cependant pas une fonction discrétionnaire, mais une obligation en droit. Il s'agit d'une obligation absolue. Le seul pouvoir discrétionnaire dont dispose le poursuivant est celui qui, sur le plan opérationnel, s'applique au moment où la preuve sera communiquée, à la pertinence dans les cas limites, au privilège et à la protection de l'identité des

prosecutorial discretion, or divert prosecutors from their day-to-day work.

H should be allowed to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages based on a breach by the Crown of its constitutional obligation to disclose relevant information. On the facts as pleaded, *Charter* damages would be an appropriate and just remedy, serving one or more of the functions of compensation, vindication and deterrence.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Elguzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335; *R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181.

témoins. Il faut faire une distinction entre l'action pour défaut de communiquer à la défense la preuve pertinente et l'action dans laquelle le demandeur allègue que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite : la première ne vise pas l'abus de pouvoir discrétionnaire, mais plutôt le non-respect d'une obligation légale imposée à l'État par la *Charte*. Admettre la demande de H ne paralysera pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, cela ne changera pas non plus la norme élevée de malveillance qui s'applique aux actions en responsabilité délictuelle découlant du fait que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, ni ne détournera les poursuivants de leurs tâches quotidiennes.

H devrait être autorisé à modifier ses actes de procédure de manière à y inclure une réclamation en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* pour la violation par le ministère public de son obligation constitutionnelle de communiquer les renseignements pertinents à la défense. Selon les allégations, l'attribution de dommages-intérêts constituerait une réparation convenable et juste qui remplirait au moins l'une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Elguzouli-Daf c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335; *R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181.

By McLachlin C.J. and Karakatsanis J.

Applied: *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; **referred to:** *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 401.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 14(6).

Authors Cited

Roach, Kent. “A Promising Late Spring for Charter Damages: *Ward v. Vancouver*” (2011), 29 *N.J.C.L.* 135.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, MacKenzie and Stromberg-Stein JJ.A.), 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262, 349 B.C.A.C. 175, 596 W.A.C. 175, 370 D.L.R. (4th) 742, 6 C.C.L.T. (4th) 175, 299 C.R.R. (2d) 35, 8 C.R. (7th) 108, [2014] 3 W.W.R. 231, [2014] B.C.J. No. 71 (QL), 2014 CarswellBC 100 (WL Can.), setting aside a decision of Goepel J., 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335, 359 D.L.R. (4th) 171, 100 C.C.L.T. (3d) 298, 281 C.R.R. (2d) 24, [2013] 8 W.W.R. 518, [2013] B.C.J. No. 769 (QL), 2013 CarswellBC 990 (WL Can.). Appeal allowed.

Joseph J. Arvay, Q.C., Alison Latimer, Marilyn Sandford and Cameron Ward, for the appellants.

Peter Juk, Q.C., Karen A. Horsman and E. W. (Heidi) Hughes, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia as represented by the Attorney General of British Columbia.

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; **arrêts mentionnés :** *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 401.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 14(6).

Doctrine et autres documents cités

Roach, Kent. « A Promising Late Spring for Charter Damages : *Ward v. Vancouver* » (2011), 29 *R.N.D.C.* 135.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, MacKenzie et Stromberg-Stein), 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262, 349 B.C.A.C. 175, 596 W.A.C. 175, 370 D.L.R. (4th) 742, 6 C.C.L.T. (4th) 175, 299 C.R.R. (2d) 35, 8 C.R. (7th) 108, [2014] 3 W.W.R. 231, [2014] B.C.J. No. 71 (QL), 2014 CarswellBC 100 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Goepel, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335, 359 D.L.R. (4th) 171, 100 C.C.L.T. (3d) 298, 281 C.R.R. (2d) 24, [2013] 8 W.W.R. 518, [2013] B.C.J. No. 769 (QL), 2013 CarswellBC 990 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Joseph J. Arvay, c.r., Alison Latimer, Marilyn Sandford et Cameron Ward, pour l’appelant.

Peter Juk, c.r., Karen A. Horsman et E. W. (Heidi) Hughes, pour l’intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique représentée par le procureur général de la Colombie-Britannique.

Mitchell R. Taylor, Q.C., and Diba B. Majzub, for the respondent the Attorney General of Canada.

Hart Schwartz and Matthew Horner, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Michel Déom and Amélie Dion, for the intervener the Attorney General of Quebec.

James A. Gumpert, Q.C., for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Gaétan Migneault and Kathryn Gregory, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Michael Conner and Denis Guénette, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Jolaine Antonio and Kate Bridgett, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Frances Knickle and Philip Osborne, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Sean Dewart and Tim Gleason, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Marlys A. Edwardh and Frances Mahon, for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the British Columbia Civil Liberties Association.

Bradley E. Berg, Erin Hoult and Nickolas Tzoulas, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Richard Macklin, Breese Davies and Neil G. Wilson, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Written submissions only by *Paul J. J. Cavalluzzo and Adrienne Telford*, for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel.

Mitchell R. Taylor, c.r., et Diba B. Majzub, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Hart Schwartz et Matthew Horner, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Michel Déom et Amélie Dion, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

James A. Gumpert, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Gaétan Migneault et Kathryn Gregory, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Michael Conner et Denis Guénette, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme Mitchell, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Jolaine Antonio et Kate Bridgett, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Frances Knickle et Philip Osborne, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Sean Dewart et Tim Gleason, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Marlys A. Edwardh et Frances Mahon, pour les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Bradley E. Berg, Erin Hoult et Nickolas Tzoulas, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Richard Macklin, Breese Davies et Neil G. Wilson, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Argumentation écrite seulement par *Paul J. J. Cavalluzzo et Adrienne Telford*, pour l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État.

The judgment of Abella, Moldaver, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] Ivan Henry was convicted in March 1983 of 10 sexual offences involving 8 different complainants. He was declared a dangerous offender and sentenced to an indefinite period of incarceration. He remained imprisoned for almost 27 years. In October 2010, the British Columbia Court of Appeal quashed all 10 convictions and substituted acquittals for each, finding serious errors in the conduct of the trial and concluding that the guilty verdicts were unreasonable in light of the evidence as a whole: *R. v. Henry*, 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96 (“*Henry No. 1*”), at para. 154.

[2] Mr. Henry brought a civil suit against the City of Vancouver (“City”), the Attorney General of British Columbia (“AGBC”), and the Attorney General of Canada (“AGC”), seeking damages for his wrongful convictions and imprisonment. The claims against the City and the AGC are not at issue in this appeal. We are concerned only with the claim against the AGBC for damages under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Specifically, Mr. Henry alleges that the provincial Crown should be held liable for its failure — before, during, and after his criminal trial — to meet its disclosure obligations under the *Charter*. The sole question before us is the level of fault that Mr. Henry must establish to sustain a cause of action against the AGBC in these circumstances.

II. Factual Background

[3] This appeal arises from proposed amendments to the pleadings in Mr. Henry’s civil case. Because this case is at the pleadings stage, the allegations of

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Ivan Henry a été reconnu coupable, en mars 1983, de 10 infractions sexuelles commises à l’égard de 8 plaignantes différentes. Il a été déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine d’emprisonnement d’une durée indéterminée. Il est demeuré incarcéré pendant presque 27 ans. En octobre 2010, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a annulé chacune des 10 déclarations de culpabilité et les a remplacées par un acquittement après avoir constaté de graves erreurs dans le déroulement du procès et avoir conclu que les verdicts de culpabilité étaient déraisonnables, compte tenu de l’ensemble de la preuve : *R. c. Henry*, 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96 (« *Henry n° 1* »), par. 154.

[2] M. Henry a intenté contre la ville de Vancouver (la « Ville »), le procureur général de la Colombie-Britannique (le « PGCB ») et le procureur général du Canada (le « PGC ») une poursuite civile par laquelle il réclame des dommages-intérêts pour ses condamnations et son emprisonnement injustifiés. Les demandes contre la Ville et le PGC ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Seule nous intéresse la demande de dommages-intérêts contre le PGCB fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, M. Henry plaide que l’État provincial devrait être tenu responsable de son défaut — tant avant que pendant et après son procès criminel — de respecter les obligations que lui impose la *Charte* en matière de communication de la preuve. La seule question dont nous sommes saisis porte sur le degré de faute que M. Henry doit établir pour qu’une cause d’action soit retenue contre le PGCB dans les circonstances.

II. Contexte factuel

[3] Le présent pourvoi découle de modifications proposées aux actes de procédure dans la poursuite civile intentée par M. Henry. Comme cette affaire

prosecutorial misconduct made by Mr. Henry — including those recited in this factual background — must be accepted as true.

A. *Mr. Henry's 1983 Convictions*

[4] From November 1980 to June 1982, a series of sexual assaults occurred in Vancouver. The perpetrator of each assault used a similar *modus operandi*: he targeted female victims who were alone at night in certain neighbourhoods, threatening them with a knife and covering their heads with a pillow or pillowcase. In many of the cases, the perpetrator told the victim that he had been “ripped off” and was owed money by someone who supposedly lived at the victim’s residence: *Henry No. 1*, at para. 11. After investigation, Vancouver Police concluded that a single perpetrator was responsible for the attacks.

[5] Donald McRae lived in Mount Pleasant, one of the Vancouver neighbourhoods in which the assaults took place. In the spring of 1981, Mr. McRae was placed under police surveillance as a suspect, but was not arrested in connection with the attacks. In March 1982, Mr. Henry moved to a house in the same city block as Mr. McRae.

[6] Police came to regard Mr. Henry as a suspect, and he was arrested in May 1982. He was taken to the police station and forced to participate against his will in an identification line-up. When Mr. Henry refused to cooperate, an officer held him in a headlock to keep his head up so it could be seen by the complainants viewing the line-up. Some of the victims identified Mr. Henry as the perpetrator, but others did not, and the police decided to release him after these inconclusive results.

[7] Five days after Mr. Henry’s arrest and release, Mr. McRae was arrested and charged with trespass by night for prowling outside a residence several

se trouve à l’étape du dépôt des actes de procédure, les allégations de conduite répréhensible du poursuivant formulées par M. Henry — y compris celles relatées dans le présent contexte factuel — doivent être tenues pour avérées.

A. *Les condamnations de M. Henry en 1983*

[4] Entre novembre 1980 et juin 1982, une série d’agressions sexuelles ont été commises à Vancouver. Dans chaque cas d’agression, le *modus operandi* était le même : l’agresseur repérait des femmes seules le soir dans certains quartiers, les menaçait à la pointe du couteau et leur recouvrait la tête d’un oreiller ou d’une taie d’oreiller. Dans bon nombre de cas, il disait à sa victime qu’il s’était fait « escroquer » et que quelqu’un qui, selon ses dires, habitait dans la résidence de la victime lui devait de l’argent : *Henry n° 1*, par. 11. À l’issue de son enquête, la police de Vancouver a conclu que les agressions étaient le fait d’un seul et même individu.

[5] Donald McRae vivait à Mount Pleasant, un des quartiers de Vancouver où les agressions avaient eu lieu. Au printemps 1981, M. McRae a commencé à faire l’objet d’une surveillance policière en tant que suspect, mais il n’a pas été arrêté relativement aux agressions. En mars 1982, M. Henry a emménagé dans une maison située dans le pâté de maisons où résidait M. McRae.

[6] La police a commencé à considérer M. Henry comme un suspect et l’a arrêté en mai 1982. M. Henry a été conduit au poste de police où il a été forcé de participer à une séance d’identification. Comme M. Henry refusait de collaborer, un agent lui a fait une prise de tête, le forçant ainsi à garder la tête haute pour pouvoir être vu par les plaignantes qui assistaient à la séance d’identification. Certaines des victimes ont identifié M. Henry comme leur agresseur, mais d’autres ne l’ont pas identifié, et la police a décidé de le libérer à la suite de ces résultats non concluants.

[7] Cinq jours après l’arrestation et la libération de M. Henry, M. McRae a été arrêté et accusé d’intrusion de nuit pour avoir rôdé autour d’une

blocks away from the locations of two of the previous assaults. Two months later, Mr. McRae was again arrested and charged with breaking and entering and theft at a residence six blocks away from one of the previous sexual assaults.

[8] Mr. Henry was re-arrested in July 1982, after the victim of a June attack made an identification from an array of photographs shown to her by the police. The photograph of Mr. Henry pictured him standing in front of a jail cell, with the arm of a uniformed officer visible in front of him. None of the six “foils” were photographed in this manner, and all six differed significantly from Mr. Henry in terms of age, hair style, and facial hair.

[9] Mr. Henry was charged with 17 offences, although only 10 of these ultimately proceeded to trial. He initially had legal representation, and made numerous requests for disclosure of all victim statements as well as medical and forensic reports. Despite these requests, the Crown did not disclose any of the requested material before the commencement of trial.

[10] Mr. Henry represented himself at trial. There was no reliable out-of-court identification suggesting he was the perpetrator, no evidence linking him to any of the victims, and no physical evidence placing him at any of the crime scenes. The Crown’s entire case rested on in-court identifications of Mr. Henry by the complainants.

[11] At the outset of his trial, Mr. Henry again requested disclosure of all victim statements. The Crown provided him with 11 statements made by the 8 trial complainants. However, approximately 30 additional statements made by the complainants were

résidence située à quelques pâtés de maisons de l’endroit où deux des agressions avaient eu lieu. Deux mois plus tard, M. McRae a de nouveau été arrêté et accusé d’introduction par effraction et de vol dans une résidence située à six pâtés de maisons du lieu où une des agressions sexuelles avait été commise.

[8] M. Henry a été arrêté de nouveau en juillet 1982, après que la victime d’une agression commise en juin l’eut identifié sur une photo que la police lui a montrée lors d’une séance d’identification photographique. La photographie de M. Henry le montrait debout devant une cellule de prison avec le bras d’un agent en uniforme bien visible devant lui. Aucune des personnes figurant sur les six autres photos présentées à cette séance n’était photographiée de cette façon et chacune d’elles se distinguait de façon marquée de M. Henry quant à l’âge, le style de coiffure et les poils du visage.

[9] M. Henry a été accusé de 17 infractions, mais il n’a finalement été jugé que pour 10 d’entre elles. Il était au départ représenté par un avocat et il a demandé à plusieurs reprises qu’on lui communique toutes les déclarations des victimes, ainsi que des rapports médicaux et des rapports d’expertise médico-légale. Malgré ces demandes, le ministère public n’a communiqué aucun des documents réclamés avant l’ouverture du procès.

[10] M. Henry s’est représenté lui-même au procès. On ne disposait d’aucune identification extrajudiciaire fiable permettant de penser qu’il était l’auteur des actes reprochés, aucun élément de preuve établissant un lien entre lui et l’une ou l’autre des victimes, et aucune preuve matérielle indiquant qu’il se trouvait sur l’un des lieux des crimes. La preuve du ministère public reposait entièrement sur l’identification de M. Henry à l’audience par les plaignantes.

[11] À l’ouverture de son procès, M. Henry a de nouveau réclamé la communication de toutes les déclarations des victimes. Le ministère public lui a fourni 11 déclarations faites par les 8 plaignantes. On ne lui a toutefois pas communiqué une trentaine

not disclosed, including those contained in the notes of the original crime scene investigators. These statements revealed inconsistencies that could have been used to attack the already-suspect identification evidence put forward by the Crown.

[12] Furthermore, key forensic evidence was not disclosed. Investigators had recovered sperm from several of the crime scenes that could have been used to include or exclude a suspect based on blood type, yet this evidence was never brought to Mr. Henry's attention. The Crown also failed to disclose that Mr. McRae had been considered a suspect, and had been arrested twice in the vicinity of the attacks.

[13] At the conclusion of his trial, a jury convicted Mr. Henry on all 10 charges. He was declared a dangerous offender and sentenced to an indefinite period of incarceration.

B. *Mr. Henry's Initial Appeal Efforts*

[14] Mr. Henry's initial appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed for want of prosecution because of his failure to file trial transcripts and appeal books. His application for leave to appeal to this Court was denied, [1984] 1 S.C.R. viii, as were several subsequent *habeas corpus* applications and a 1997 application to appoint counsel and reopen his appeal.

[15] In total, between 1984 and 2006, Mr. Henry filed more than 50 applications in different courts and with the federal Crown seeking to have his convictions reviewed, while continuing to seek disclosure relating to his case.

d'autres déclarations faites par les plaignantes, et notamment celles que contenaient les notes prises à l'origine par les enquêteurs sur les lieux des crimes. Ces déclarations révélaient des contradictions qui auraient pu être utilisées pour contester la preuve d'identification déjà suspecte avancée par le ministère public.

[12] De plus, des preuves médico-légales importantes ne lui ont pas été communiquées. Les enquêteurs avaient recueilli à plusieurs des lieux des crimes du sperme qui aurait pu être utilisé pour inclure ou exclure un suspect en fonction du groupe sanguin, et pourtant ces éléments de preuve n'ont jamais été portés à l'attention de M. Henry. Le ministère public a également omis de divulguer le fait que M. McRae avait été considéré comme un suspect et qu'il avait été arrêté à deux reprises à proximité des lieux des agressions.

[13] À la fin de son procès, un jury a reconnu M. Henry coupable relativement aux 10 chefs d'accusation portés contre lui. Il a été déclaré délinquant dangereux et a été condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée.

B. *Premiers recours d'appel entrepris par M. Henry*

[14] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté pour défaut de poursuivre le premier appel interjeté par M. Henry parce qu'il n'avait pas déposé la transcription des débats au procès et les dossiers d'appel. Sa demande d'autorisation d'appel auprès de notre Cour a été refusée, [1984] 1 R.C.S. viii, tout comme plusieurs demandes ultérieures d'*habeas corpus* et une demande présentée en 1997 en vue d'être représenté par un avocat et de rouvrir son appel.

[15] En tout, entre 1984 et 2006, M. Henry a saisi divers tribunaux et le ministère public fédéral de plus d'une cinquantaine de demandes visant à faire réviser ses déclarations de culpabilité, tout en continuant à réclamer la communication de renseignements se rapportant à sa cause.

C. *Project Smallman and the Unsolved Sexual Assaults*

[16] Between November 1982 and July 1988, more than 25 sexual assaults occurred in close geographic proximity to the assaults for which Mr. Henry was convicted. These additional assaults bore similar hallmarks to those attributed to Mr. Henry. However, he could not have been the perpetrator, as he was in custody during this period. These ongoing assaults were not disclosed to him.

[17] In 2002, as part of an effort designated “Project Smallman”, Vancouver Police reopened investigations into a number of unsolved sexual assaults committed between 1983 and 1988 that they believed were carried out by a single perpetrator. DNA evidence linked Mr. McRae to three of the assaults, and he pleaded guilty to these offences in May 2005.

[18] The similarity in both geography and *modus operandi* between these subsequent assaults and the assaults for which Mr. Henry was convicted led the provincial Crown to appoint an independent investigator to review Mr. Henry’s convictions. On the recommendation of this investigator, the provincial Crown provided full disclosure to Mr. Henry, including information gathered during the initial police investigation that should have been disclosed at trial and information subsequently discovered during Project Smallman. Mr. Henry successfully applied to reopen his appeal and was released on bail pending a hearing on the merits. The application was unopposed by the Crown, based on the recommendation of the independent investigator.

D. *Mr. Henry’s Appeal and Acquittals*

[19] In *Henry No. 1*, the British Columbia Court of Appeal considered Mr. Henry’s appeal on the

C. *Le projet Smallman et les agressions sexuelles non résolues*

[16] Entre le mois de novembre 1982 et le mois de juillet 1988, plus de 25 agressions sexuelles ont été perpétrées à proximité des lieux des agressions pour lesquelles M. Henry avait été condamné. Ces nouvelles agressions présentaient des caractéristiques semblables à celles attribuées à M. Henry. Toutefois, il ne pouvait en être l’auteur puisqu’à l’époque, il était détenu. Il n’a pas été mis au courant de cette série d’agressions.

[17] En 2002, dans le cadre d’une initiative appelée le [TRADUCTION] « projet Smallman », la police de Vancouver a procédé à la réouverture d’enquêtes portant sur plusieurs agressions sexuelles non élucidées commises entre 1983 et 1988 et qui, selon ce qu’elle croyait, avaient été commises par un seul individu. La preuve génétique liait M. McRae à 3 des agressions en question, et celui-ci a reconnu sa culpabilité à ces infractions en mai 2005.

[18] La similitude constatée tant en ce qui concerne les lieux géographiques que le *modus operandi* entre les agressions ultérieures et celles pour lesquelles M. Henry avait été condamné a amené le ministère public provincial à confier à un enquêteur indépendant le réexamen des condamnations de M. Henry. Conformément à la recommandation de cet enquêteur, le ministère public provincial a communiqué l’intégralité de sa preuve à M. Henry, notamment les renseignements recueillis au cours de l’enquête policière initiale qui auraient dû être communiqués au procès, ainsi que les renseignements découverts par la suite dans le cadre du projet Smallman. M. Henry a demandé avec succès la réouverture de son appel et a été libéré sous caution en attendant la tenue d’une audience sur le fond. Suivant la recommandation de l’enquêteur indépendant, le ministère public n’a pas contesté cette demande.

D. *Appel et acquittements de M. Henry*

[19] Dans l’affaire *Henry n° 1*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a procédé pour la première

merits for the first time. In October 2010, Low J.A., for a unanimous court, found significant errors in the trial judge's jury instructions. He also found that the charges should have been severed, and a mistrial declared, after the Crown abandoned its submission that the evidence on each count should be treated as similar fact evidence. These errors would have been sufficient for Low J.A. to order a new trial. However, he also held that the evidence as a whole was incapable of proving identification, and the verdicts were therefore unreasonable. As a result, he substituted acquittals for each of Mr. Henry's 10 convictions.

E. *Mr. Henry's Civil Claims*

[20] Mr. Henry filed a civil action in June 2011, seeking damages against the City, the AGBC, and the AGC for harm suffered as a consequence of his wrongful convictions and incarceration. His claim against the City relates to the investigation of the crimes for which he was convicted, and the failure of the Vancouver Police to inform Crown counsel of the subsequent offences that were later re-investigated as part of Project Smallman. His claim against the AGC relates to the denial of his various applications for review of his convictions. As indicated, these claims are not at issue in this appeal.

[21] Mr. Henry's claim against the AGBC alleges that the Crown failed to make full disclosure of relevant information before and during his trial, and in subsequent proceedings. In his Notice of Civil Claim, he pleaded various causes of action: negligence, malicious prosecution, misfeasance in public office, abuse of process, and breach of his ss. 7 and 11(d) *Charter* rights. The AGBC moved to strike Mr. Henry's causes of action grounded in negligence and the *Charter*. In September 2012, Goepel J. of the British Columbia

fois à un examen au fond de l'appel de M. Henry. En octobre 2010, le juge Low, rédigeant l'opinion unanime de la cour, a relevé des erreurs importantes dans les directives du juge du procès au jury. Il a également conclu que les chefs d'accusation auraient dû être scindés et que le procès aurait dû être annulé après l'abandon, par le ministère public, de sa prétention suivant laquelle les éléments de preuve relatifs à chaque chef d'accusation devaient être traités comme une preuve de faits similaires. Ces erreurs auraient suffi pour permettre au juge Low d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il a toutefois également estimé que la preuve dans son ensemble ne permettait pas d'établir l'identité de l'auteur des agressions et que les verdicts étaient par conséquent déraisonnables. Il a donc substitué l'acquittement à chacune des 10 déclarations de culpabilité prononcées contre M. Henry.

E. *La poursuite civile intentée par M. Henry*

[20] En juin 2011, M. Henry a introduit une action au civil par laquelle il réclamait des dommages-intérêts à la Ville, au PGCB et au PGC pour le préjudice subi en conséquence de ses condamnations et de son incarcération injustifiées. Sa demande contre la Ville a trait à l'enquête menée au sujet des crimes pour lesquels il a été condamné et au défaut de la police de Vancouver d'informer le procureur du ministère public des infractions subséquentes qui ont plus tard fait l'objet d'une nouvelle enquête dans le cadre du projet Smallman. Sa demande contre le PGC a trait au rejet de ses diverses demandes de réexamen de ses déclarations de culpabilité. Je le répète, ces demandes ne sont pas en cause dans le présent pourvoi.

[21] Dans sa demande contre le PGCB, M. Henry allègue que le ministère public n'a pas communiqué l'intégralité des renseignements pertinents tant avant que durant son procès, ainsi qu'au cours des procédures ultérieures. Dans sa déclaration, M. Henry a plaidé diverses causes d'action : négligence, poursuite abusive, faute dans l'exercice d'une charge publique, abus de procédure et violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Le PGCB a demandé la

Supreme Court struck the negligence claim as inconsistent with this Court's holding in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170: *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1401 (“*Henry No. 2*”), at paras. 43-60. Goepel J. allowed Mr. Henry's *Charter* claim to proceed since it was founded on allegations of malicious conduct. However, he noted that, if Mr. Henry intended to pursue a *Charter* damages claim against the AGBC for conduct falling short of malice, he would have to seek leave to amend his pleadings (paras. 61-72).

III. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335 (Goepel J.)*

[22] Following the decision in *Henry No. 2*, Mr. Henry applied to amend his pleadings to claim *Charter* damages against the AGBC for non-malicious conduct. The AGBC opposed this application, arguing that a claim for *Charter* damages grounded in alleged prosecutorial misconduct requires proof of malice. The application judge rejected this submission.

[23] Goepel J. held that the case law on malicious prosecution is not dispositive of the required threshold. Relying on this Court's seminal decision on *Charter* damages in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, he observed that s. 24(1) affords courts a broad discretion to craft appropriate remedies, and that this discretion should not be limited “by casting it in a strait-jacket of judicially prescribed conditions” (para. 28, quoting *Ward*, at para. 18). However, he recognized that it may be necessary, as a matter of policy, for courts

radiation des causes d'action de M. Henry fondées sur la négligence et sur la *Charte*. En septembre 2012, le juge Goepel de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a radié la demande fondée sur la négligence au motif qu'elle était incompatible avec la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170 : *Henry c. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1401 (« *Henry n° 2* »), par. 43-60. Le juge Goepel a permis que la demande de M. Henry fondée sur la *Charte* suive son cours puisqu'elle reposait sur des allégations de malveillance. Il a toutefois fait observer que, s'il entendait réclamer en vertu de la *Charte* des dommages-intérêts contre le PGCB pour une conduite ne constituant pas de la malveillance, M. Henry devait demander l'autorisation de modifier ses actes de procédure (par. 61-72).

III. Jugements des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335 (le juge Goepel)*

[22] À la suite de la décision *Henry n° 2*, M. Henry a demandé l'autorisation de modifier ses actes de procédure afin de réclamer contre le PGCB, en vertu de la *Charte*, des dommages-intérêts pour conduite non malveillante. Le PGCB a contesté cette demande en plaidant qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur des allégations de conduite répréhensible du poursuivant exige une preuve de malveillance. Le juge de première instance a rejeté cet argument.

[23] Le juge Goepel a estimé que la jurisprudence sur les poursuites abusives ne réglait pas la question du seuil minimal exigé. S'appuyant sur l'arrêt de principe rendu par notre Cour en matière de dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* dans l'affaire *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, il a fait observer que le par. 24(1) confère aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire leur permettant de déterminer la réparation convenable, et qu'on ne devrait pas restreindre ce pouvoir discrétionnaire « en l'enserrant dans un corset

to mandate a minimum threshold of liability for a successful *Charter* damages claim.

[24] In Mr. Henry’s case, Goepel J. found that there were competing policy considerations that must be weighed in arriving at the appropriate threshold. He determined that a threshold lower than malice should apply — namely, the standard for awarding costs in criminal proceedings for *Charter* breaches. Referring to this Court’s decision in *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575 (“*Dunedin*”), he noted that costs awards made under s. 24(1) in criminal proceedings are only justified in limited circumstances where the Crown’s conduct represents a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of prosecutors. Goepel J. thus permitted Mr. Henry to amend his Notice of Civil Claim in accordance with this threshold.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262 (Hall J.A., MacKenzie and Stromberg-Stein J.J.A., Concurring)*

[25] The Court of Appeal unanimously allowed the AGBC’s appeal, concluding that Mr. Henry was not entitled to seek *Charter* damages for the non-malicious acts and omissions of Crown counsel.

[26] Speaking for the court, Hall J.A. relied heavily on this Court’s “trilogy” of malicious prosecution cases — *Nelles, Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9, and *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339. He noted that, in *Nelles*, this Court rejected an absolute immunity for Crown counsel, and preserved a right to pursue civil damages against a prosecutor who acts intentionally to subvert justice. Referring

de conditions d’origine jurisprudentielle » (par. 28, citant l’arrêt *Ward*, par. 18). Il a toutefois reconnu qu’il peut être nécessaire, pour des raisons de principe, que les tribunaux fixent un seuil minimal de responsabilité pour qu’une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* puisse être accueillie.

[24] Dans le cas de M. Henry, le juge Goepel a conclu qu’il fallait sopeser des considérations de principe divergentes pour en arriver au seuil approprié. Il a estimé qu’il y avait lieu de retenir un seuil moins élevé que celui de la malveillance, — en l’occurrence, celui qui s’applique en matière d’adjudication de dépens pour violation de la *Charte* en matière criminelle. Citant l’arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 (« *Dunedin* »), le juge Goepel a fait observer qu’une condamnation à des dépens en vertu du par. 24(1) dans le cadre d’une instance criminelle ne se justifie que dans les cas restreints où la conduite du poursuivant déroge de façon marquée et inacceptable aux normes raisonnables que devraient respecter les poursuivants. Le juge Goepel a donc permis à M. Henry de modifier sa déclaration conformément à ce seuil de responsabilité.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262 (le juge Hall, avec l’appui des juges MacKenzie et Stromberg-Stein)*

[25] La Cour d’appel a accueilli à l’unanimité l’appel interjeté par le PGCB et a conclu que M. Henry n’avait pas le droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les actes et les omissions non malveillants des avocats du ministère public.

[26] S’exprimant au nom de la Cour, le juge Hall s’est fortement appuyé sur la « trilogie » de notre Cour en matière de poursuites abusives — les arrêts *Nelles, Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9, et *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339. Il a fait observer que suivant l’arrêt *Nelles*, les avocats du ministère public ne jouissent pas d’une immunité absolue, et que notre Cour avait confirmé le

to *Proulx*, he observed that “malicious prosecution can be an efficacious remedy to one harmed by prosecutorial misconduct” (para. 23).

[27] In the same vein, Hall J.A. determined that making *Charter* damages available to compensate for malicious acts and omissions of prosecutors would offer plaintiffs an effective recourse for *Charter* violations, but he was not prepared to go further. In his view, the application judge erred in adopting the lower standard of fault developed in criminal cases where costs were awarded. That standard — a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of Crown counsel — was akin to gross negligence and would result in “a new head of liability against prosecutors” (para. 20).

[28] Hall J.A. rejected the view that *Ward* altered the parameters of civil liability for prosecutors. He underscored the fact that, in *Ward*, this Court recognized that good governance considerations can militate against *Charter* damages awards, and that existing causes of action in private law may provide the appropriate liability threshold in a particular context.

[29] Hall J.A. concluded that he was bound by this Court’s jurisprudence on the scope of civil liability for prosecutors, and therefore the malice threshold was applicable. In his view, “it would be an unwarranted extension of the language in *Ward* to find that the Supreme Court of Canada was altering the principles set forth in *Nelles* and *Miazga*” (para. 29). To the extent that prosecutorial liability ought to be expanded to include claims of

droit de réclamer au civil des dommages-intérêts d’un poursuivant ayant agi de façon délibérée de manière à entraver le cours de la justice. Citant l’arrêt *Proulx*, le juge Hall a fait remarquer que [TRADUCTION] « une action pour poursuite abusive peut s’avérer un recours efficace pour la personne lésée par la conduite répréhensible du poursuivant » (par. 23).

[27] Dans le même ordre d’idées, le juge Hall a estimé que le fait d’accorder aux demandeurs des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les indemniser des actes ou omissions entachés de malveillance du poursuivant leur offrirait un recours efficace en cas de violation de la *Charte*. Le juge Hall n’était toutefois pas disposé à aller plus loin. À son avis, le juge saisi de la demande avait commis une erreur en adoptant la norme moins exigeante de la faute élaborée dans la jurisprudence portant sur les dépens en matière criminelle. Cette norme — celle de la dérogation marquée et inacceptable par l’avocat du ministère public aux normes raisonnables qu’on s’attend qu’il respecte — s’apparentait à celle de la négligence grave et créerait [TRADUCTION] « une nouvelle forme de responsabilité des avocats du ministère public » (par. 20).

[28] Le juge Hall a écarté l’idée que l’arrêt *Ward* avait modifié les paramètres de la responsabilité civile des poursuivants. Il a insisté sur le fait que, dans l’arrêt *Ward*, notre Cour avait reconnu que des préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent militer contre l’adjudication de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, et que les causes d’action déjà existantes en droit privé peuvent offrir le seuil de responsabilité approprié dans un contexte donné.

[29] Le juge Hall a conclu qu’il était lié par la jurisprudence de notre Cour sur l’étendue de la responsabilité civile des poursuivants et que, par conséquent, il fallait appliquer le seuil de responsabilité de la malveillance. À son avis, [TRADUCTION] « on étendrait de façon injustifiée la portée des mots employés dans l’arrêt *Ward* si l’on concluait que la Cour suprême du Canada y modifiait les principes énoncés dans les arrêts *Nelles* et *Miazga* » (par. 29).

negligence, it should be done by the legislature or a court of last resort. Accordingly, Hall J.A. allowed the appeal and dismissed Mr. Henry's application to amend his pleadings.

IV. Analysis

A. *Overview of the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

[30] A constitutional question is posed in this case:

Does s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* authorize a court of competent jurisdiction to award damages against the Crown for prosecutorial misconduct absent proof of malice?

[31] In the context of Mr. Henry's claims, I would answer this question in the affirmative. Where a claimant seeks *Charter* damages based on allegations that the Crown's failure to disclose violated his or her *Charter* rights, proof of malice is not required. Instead, a cause of action will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. This represents a high threshold for a successful *Charter* damages claim, albeit one that is lower than malice.

[32] I will discuss the legal basis and precise scope of this threshold in greater detail below. Briefly, it

Selon lui, si la responsabilité du poursuivant doit être élargie de manière à englober les réclamations fondées sur la négligence, cette initiative doit venir du législateur ou d'une juridiction de dernier ressort. Par conséquent, le juge Hall a accueilli l'appel et rejeté la demande de M. Henry en vue d'être autorisé à modifier ses actes de procédure.

IV. Analyse

A. *Aperçu du seuil applicable à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte dans les cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

[30] Une question constitutionnelle est posée dans la présente affaire :

Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* autorise-t-il un tribunal compétent à condamner le ministère public au paiement de dommages-intérêts pour la conduite répréhensible du poursuivant lorsque nulle malveillance n'a été prouvée?

[31] Dans le contexte des demandes de M. Henry, je répondrais à cette question par l'affirmative. Lorsqu'un demandeur réclame des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en alléguant que le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve a eu pour effet de violer les droits que lui garantit la *Charte*, la preuve de la malveillance n'est pas requise. L'accusé dispose plutôt d'un droit d'action lorsqu'en violation de ses obligations constitutionnelles, le ministère public lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut de les communiquer pourrait porter atteinte à la possibilité, pour l'accusé, de présenter une défense pleine et entière. Cette norme représente un seuil élevé pour qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* soit accueillie, mais elle est moins exigeante que la norme de la malveillance.

[32] Je vais préciser davantage plus loin le fondement juridique et la portée exacte de ce seuil. En

recognizes that while malice does not provide a useful or workable framework for dealing with allegations of wrongful non-disclosure by prosecutors, the policy underpinnings of this Court's malicious prosecution jurisprudence inform the proper scope of Crown liability for *Charter* damages in this context.

[33] I emphasize “this context” because, in my view, it is neither prudent nor necessary to decide whether a similar threshold would apply in circumstances not involving wrongful non-disclosure. Mr. Henry's claim against the AGBC is rooted in allegations that Crown counsel failed to disclose certain relevant information. It would be unwise to speculate about other types of prosecutorial misconduct that might violate the *Charter*, or to fix a blanket threshold that governs all such claims against the Crown. The threshold established in this case may well offer guidance in setting the applicable threshold for other types of misconduct, but the prudent course of action is to address new situations in future cases as they arise, with the benefit of a factual record and submissions.

B. *Ward Provides the Governing Legal Framework*

[34] Under s. 24(1) of the *Charter*,

[a]nyone whose rights or freedoms . . . have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

In *Ward*, this Court recognized that the language of s. 24(1) is broad enough to encompass damage claims for *Charter* breaches. Such claims are brought by an

résumé, celui-ci reconnaît que, bien que la malveillance n'offre pas un cadre d'analyse utile ou pratique pour répondre aux allégations de défaut injustifié des avocats du ministère public de communiquer des renseignements, les considérations d'ordre public sur lesquelles repose la jurisprudence de notre Cour en matière de poursuites abusives servent de base pour déterminer, dans le présent contexte, la véritable portée de la responsabilité du ministère public en matière de dommages-intérêts fondés sur la *Charte*.

[33] J'insiste sur l'expression « le présent contexte » parce qu'à mon avis, il n'est ni prudent ni nécessaire de décider si un seuil semblable s'appliquerait dans des circonstances où le défaut injustifié de communiquer des renseignements n'est pas en cause. La demande formulée par M. Henry contre le PGCB est fondée sur ses allégations suivant lesquelles l'avocat du ministère public a omis de lui communiquer certains renseignements pertinents. Il ne serait pas sage de spéculer sur d'autres types de conduite répréhensible du poursuivant qui pourrait contrevenir à la *Charte*, ou de fixer un seuil général applicable à toutes les demandes de ce genre contre le ministère public. Le seuil fixé en l'espèce peut fort bien servir de guide pour établir le seuil applicable à d'autres types de conduite répréhensible, mais la façon d'agir prudente consiste à aborder au fur et à mesure les situations qui se présenteront à l'avenir en tenant compte du dossier factuel et des arguments qui seront soumis.

B. *L'arrêt Ward fournit le cadre juridique applicable*

[34] Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*,

[t]oute personne, victime de violation ou de négation [de ses] droits ou libertés [. . .] peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Dans l'arrêt *Ward*, notre Cour a reconnu que le libellé du par. 24(1) est suffisamment large pour englober les demandes de dommages-intérêts pour

individual as a public law action directed against the state for violations of the claimant's constitutional rights.

[35] *Charter* damages are a powerful tool that can provide a meaningful response to rights violations. They also represent an evolving area of the law that must be allowed to “develop incrementally”: *Ward*, at para. 21. When defining the circumstances in which a *Charter* damages award would be appropriate and just, courts must therefore be careful not to stifle the emergence and development of this important remedy.

[36] However, *Charter* damages are not a silver bullet. They are just one of many remedies that may be available to individuals whose *Charter* rights have been breached, and their availability is not without limit. In *Ward*, the Chief Justice outlined a four-step framework to determine the state's liability for *Charter* damages:

The first step in the inquiry is to establish that a *Charter* right has been breached. The second step is to show why damages are a just and appropriate remedy, having regard to whether they would fulfill one or more of the related functions of compensation, vindication of the right, and/or deterrence of future breaches. At the third step, the state has the opportunity to demonstrate, if it can, that countervailing factors defeat the functional considerations that support a damage award and render damages inappropriate or unjust. The final step is to assess the quantum of the damages. [para. 4]

[37] Under this framework, the claimant bears the initial burden of making out a *prima facie* case. The claimant must demonstrate that the state has breached one of his or her *Charter* rights and that an award of damages would serve a compensation, vindication, or deterrence function. Once that burden is met, the onus shifts to the state to rebut the claimant's case based

violation de la *Charte*. Ces demandes sont présentées par une personne dans le cadre d'une action de droit public dirigée contre l'État pour violation des droits constitutionnels garantis à cette personne.

[35] Les dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* constituent un outil puissant qui peut s'avérer une réponse concrète aux atteintes portées à des droits. Ils représentent également un domaine du droit qui évolue et qu'il faut laisser « se développer graduellement » : *Ward*, par. 21. Au moment de préciser les circonstances dans lesquelles l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait une réparation convenable et juste, les tribunaux doivent donc se garder de freiner l'émergence et le développement de cette importante réparation.

[36] L'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue cependant pas une solution magique. Il ne s'agit que d'une des nombreuses réparations qui s'offrent aux victimes d'une violation des droits garantis par la *Charte*, et les cas d'ouverture à cette réparation ne sont pas illimités. Dans l'arrêt *Ward*, la Juge en chef propose un cadre d'analyse en quatre étapes pour déterminer la responsabilité de l'État en dommages-intérêts pour violation de la *Charte* :

À la première étape de l'analyse, il doit être établi qu'un droit garanti par la *Charte* a été enfreint. À la deuxième, il faut démontrer pourquoi les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, selon qu'ils peuvent remplir au moins une des fonctions interreliées suivantes : l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion contre toute nouvelle violation. À la troisième, l'État a la possibilité de démontrer, le cas échéant, que des facteurs faisant contrepoids l'emportent sur les considérations fonctionnelles favorables à l'octroi de dommages-intérêts, de sorte que ces derniers ne seraient ni convenables ni justes. La dernière étape consiste à fixer le montant des dommages-intérêts. [par. 4]

[37] Selon ce cadre d'analyse, le demandeur a le fardeau initial d'établir une preuve *prima facie*. Il doit démontrer que l'État a violé l'un des droits que lui garantit la *Charte* et que l'attribution de dommages-intérêts remplirait une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Une fois qu'il s'est acquitté de ce fardeau,

on countervailing considerations. The Chief Justice identified two important countervailing considerations, while maintaining that a “complete catalogue” of such considerations would be elaborated over time: *Ward*, at para. 33.

[38] The first countervailing consideration is the existence of alternative remedies. Section 24(1) is a broad remedial provision that provides a range of responses to *Charter* violations beyond a monetary award. In addition, there may be substantial overlap between private law and s. 24(1) actions against the government. Where the state can show that another remedy is available to effectively address a *Charter* breach — whether under the *Charter* or in private law — a damages claim may be defeated at the third step of *Ward*. For instance, if a declaration of a *Charter* breach would adequately achieve the objectives that would otherwise be served by a damages award, then granting damages as well as a declaration would be superfluous, and therefore inappropriate and unjust in the circumstances: *Ward*, at para. 37.

[39] The second countervailing consideration — and the one at issue in this case — relates to concerns over good governance. *Ward* does not define the phrase “[g]ood governance concerns” (para. 38), but it serves as a compendious term for the policy factors that will justify restricting the state’s exposure to civil liability. As the Chief Justice observed:

In some situations, . . . the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity. [Emphasis added; para. 39.]

il revient à l’État de réfuter la preuve du demandeur en faisant valoir des facteurs qui font contre-poids. La Juge en chef a signalé deux importantes considérations pouvant faire contre-poids, tout en maintenant qu’une « liste exhaustive » de ces considérations serait établie au fil du temps : *Ward*, par. 33.

[38] L’existence d’autres recours constitue la première considération faisant contre-poids. Le paragraphe 24(1) est une vaste disposition réparatrice qui prévoit une panoplie de réponses aux violations de la *Charte*, en plus des réparations pécuniaires. En outre, il peut y avoir un chevauchement important entre les actions intentées contre l’État en vertu du droit privé et celles intentées en vertu du par. 24(1). Lorsque l’État peut démontrer l’existence d’un autre recours permettant de répondre efficacement à une violation de la *Charte* — sous le régime de la *Charte* ou en droit privé —, une demande de dommages-intérêts peut être rejetée à la troisième étape du cadre d’analyse de l’arrêt *Ward*. Par exemple, si un jugement déclarant qu’il y a eu violation de la *Charte* permettait d’atteindre les objectifs que réaliserait autrement l’attribution de dommages-intérêts, une condamnation à des dommages-intérêts en sus d’un jugement déclaratoire serait superflue et, partant, ne serait pas convenable et juste dans les circonstances : *Ward*, par. 37.

[39] La seconde considération qui fait contre-poids — et celle en cause dans la présente affaire — a trait aux préoccupations relatives au bon gouvernement. L’arrêt *Ward* ne définit pas l’expression « préoccupations relatives au bon gouvernement » (par. 38), mais cette expression sert de formule succincte pour désigner les facteurs de principe justifiant que l’on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l’État. Ainsi que la Juge en chef l’a fait observer :

. . . dans certaines situations, l’État pourrait démontrer que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l’État atteint un seuil minimal de gravité. [Je souligne; par. 39.]

This is precisely what the AGBC, the AGC, and the numerous intervening Attorneys General argue in this case. There is a common theme driving their submissions: if the threshold of gravity is set too low for a *Charter* damages claim alleging Crown misconduct, the ability of prosecutors to discharge their important public duties will be undermined, with adverse consequences for the administration of justice.

[40] This theme finds expression in a number of specific policy concerns. For example, the Attorneys General argue that the spectre of liability may influence the decision-making of prosecutors and make them more “defensive” in their approach. The public interest is not well served when Crown counsel are motivated by fear of civil liability, rather than their sworn duty to fairly and effectively prosecute crime. By the same token, the Attorneys General suggest that a low threshold would open up the floodgates of civil liability and force prosecutors to spend undue amounts of time and energy defending their conduct in court instead of performing their duties.

[41] As I will explain, these concerns are very real, and they provide compelling reasons why the availability of *Charter* damages should be circumscribed through the establishment of a high threshold.

[42] *Ward* provides an example of a prior case where a heightened *per se* liability threshold was justified by policy reasons. In *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, this Court held that *Charter* damages were unavailable for state action taken pursuant to a law, considered valid at the time but later declared invalid, unless the state action was “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power” (para. 78). In other words, state actors were afforded a limited immunity for actions taken in good faith under a law they believed to be valid. Citing *Mackin*, the Chief Justice in *Ward* noted that, “absent threshold misconduct”,

C’est précisément l’argument que font valoir en l’espèce le PGCB, le PGC ainsi que les nombreux procureurs généraux qui sont intervenus à l’instance. Un thème commun se dégage de leur argumentation : si l’on fixe trop bas le seuil minimal de gravité dans le cas d’une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qui allègue une conduite répréhensible du ministère public, la possibilité pour les avocats du ministère public de s’acquitter de leurs importantes fonctions publiques s’en trouvera compromise et l’administration de la justice en souffrira.

[40] Ce thème commun trouve son expression dans un certain nombre de préoccupations de principe précises. Par exemple, les procureurs généraux soutiennent que le spectre de la responsabilité peut influencer la prise de décision des poursuivants et les mettre davantage « sur la défensive ». L’intérêt public est mal servi lorsque les avocats du ministère public sont animés par la crainte de poursuites civiles plutôt que par leur serment de poursuivre les criminels de façon équitable et efficace. Dans la même veine, les procureurs généraux prétendent qu’un seuil peu élevé déclencherait une avalanche de poursuites civiles et obligerait les poursuivants à consacrer trop de temps et d’énergie à justifier leur conduite devant le tribunal au lieu d’exercer leurs fonctions.

[41] J’expliquerai plus loin que ces préoccupations sont très concrètes et démontrent de manière convaincante la nécessité d’établir un seuil élevé afin de limiter la possibilité de recours en dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

[42] L’arrêt *Ward* offre un exemple d’une décision dans laquelle des raisons de politique générale justifiaient l’application d’un seuil de responsabilité plus élevé. Dans l’arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, notre Cour a refusé d’accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* dans le cas d’une mesure prise par l’État conformément à une loi tenue pour valide à l’époque, mais subséquentement déclarée invalide, en l’absence d’un comportement de l’État « clairement fautif, [entaché] de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir » (par. 78). En d’autres mots, la Cour a reconnu aux agents de l’État

no cause of action for *Charter* damages will lie in these circumstances (para. 39).

[43] When a heightened *per se* liability threshold has been imposed, this will have consequences at the pleadings stage. To survive a motion to strike, a claimant must plead sufficient facts to disclose a reasonable cause of action: see *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45. If the alleged *Charter* violation occurs in a context where courts have imposed a heightened *per se* liability threshold, the claimant must particularize facts that, if proven, would be sufficient to establish that the state conduct met the required threshold of gravity. The failure to do so will be fatal to the claim. With these principles in mind, I turn to the applicable threshold for wrongful non-disclosure by prosecutors.

C. *Establishing the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

- (1) “Malice” Does Not Offer a Useful Liability Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors

[44] The AGBC, the AGC, and the intervening Attorneys General unanimously submit that the Crown’s conduct must rise to the level of “malice” — as defined in the tort of malicious prosecution — to attract liability for *Charter* damages. I do not agree. As I will explain, the malice standard is ill suited to the task of adjudicating allegations of wrongful non-disclosure.

une immunité restreinte à l’égard de mesures prises de bonne foi en vertu d’une loi que l’on croyait valide. Citant l’arrêt *Mackin*, la Juge en chef a fait remarquer dans *Ward* que, « sauf en cas de conduite atteignant le seuil minimal », aucune cause d’action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* n’est retenue en pareilles circonstances (par. 39).

[43] L’imposition d’un seuil de responsabilité plus élevé aura des conséquences à l’étape des actes de procédure. Pour résister à une requête en radiation, le demandeur doit alléguer des faits suffisants pour révéler une cause d’action raisonnable : voir *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45. Si la prétendue violation de la *Charte* survient dans un contexte où les tribunaux ont imposé un seuil de responsabilité plus élevé, le demandeur doit préciser des faits qui, s’ils étaient prouvés, seraient suffisants pour établir que la conduite de l’État atteint le seuil de gravité requis. L’omission de préciser de tels faits sera fatale à la demande. Ayant ces principes à l’esprit, je passe au seuil applicable au défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements.

C. *Établissement du seuil d’attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte pour défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

- (1) La « malveillance » n’offre pas un seuil de responsabilité utile dans les cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements

[44] Le PGCB, le PGC ainsi que les procureurs généraux intervenants affirment tous que la conduite du ministère public doit constituer de la « malveillance » — au sens du délit de poursuite abusive — pour engager la responsabilité ouvrant droit à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Je ne suis pas de cet avis. Comme je l’expliquerai, la norme de la malveillance se prête mal à la tâche de statuer sur des allégations de défaut injustifié de communiquer des renseignements.

(a) *The Malice Standard Articulated in the Malicious Prosecution Jurisprudence*

[45] The malice standard has been extensively canvassed in this Court’s malicious prosecution trilogy — *Nelles*, *Proulx*, and *Miazga*. In *Nelles*, the Court ruled that Crown prosecutors do not enjoy absolute immunity from civil claims. Lamer J. (as he then was) held that policy considerations favour only a qualified immunity, and that Crown prosecutors are not shielded from claims of malicious prosecution. He outlined the four necessary elements of the malicious prosecution tort as follows: (1) legal proceedings “must have been initiated by the defendant”; (2) those proceedings “must have terminated in favour of the plaintiff”; (3) the defendant did not have “reasonable and probable cause” to initiate the proceedings; and (4) the defendant’s conduct was characterized by “malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect” (pp. 192-93).

[46] This final element was described by Lamer J. in the following terms:

The required element of malice is for all intents, the equivalent of “improper purpose”. It has . . . 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” . . . 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 justice”. 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. [Emphasis in original; citation omitted.]

(*Nelles*, at pp. 193-94)

a) *La norme de la malveillance formulée dans la jurisprudence relative aux poursuites abusives*

[45] La norme de la malveillance a été examinée à fond dans la trilogie de notre Cour sur les poursuites abusives : les arrêts *Nelles*, *Proulx* et *Miazga*. Dans *Nelles*, la Cour a jugé que les procureurs de la Couronne ne jouissent pas d’une immunité absolue contre les réclamations civiles. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a estimé que des considérations de principe militent uniquement en faveur d’une immunité restreinte, et que les procureurs de la Couronne ne sont pas à l’abri des réclamations pour poursuite abusive. Il a énoncé comme suit les quatre éléments constitutifs du délit civil de poursuite abusive : (1) les procédures « ont été engagées par le défendeur »; (2) le tribunal « a rendu une décision favorable au demandeur »; (3) le défendeur n’avait pas « de motif raisonnable et probable » d’engager les procédures; et (4) la conduite du défendeur était caractérisée par une « intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l’application de la loi » (p. 192-193).

[46] C’est en ces termes que le juge Lamer a décrit le dernier élément :

L’élément obligatoire de malveillance équivaut en réalité à un « but illégitime ». [. . .] [L]a 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 » [. . .] 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 procureur 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. [Souligné dans l’original; référence omise.]

(*Nelles*, p. 193-194)

[47] In *Proulx*, the Court applied this standard in the Quebec civil law context. Iacobucci and Binnie JJ. affirmed that malice requires “more than recklessness or gross negligence” (para. 35). Rather, the plaintiff must demonstrate “a willful and intentional effort on the Crown’s part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system” (*ibid.*). *Proulx* was a case where the plaintiff was successful in proving malice on “highly exceptional” facts (para. 44). Iacobucci and Binnie JJ. found that the Crown made “an active effort to obtain a conviction at any price” by misleading the court, and thus stepped out of its proper role as minister of justice (paras. 41 and 45). Furthermore, the prosecutor’s actions were motivated by an improper purpose since he allowed his office to be used to the ends of a private individual. Given these circumstances, his conduct amounted to “an abuse of prosecutorial power” that crossed the boundary set out in *Nelles* (paras. 44-45).

[48] *Miazga* is this Court’s most recent decision involving the tort of malicious prosecution, in which Charron J. reiterated that “malice in the form of improper purpose is the key to proving malicious prosecution” (para. 8). This high standard was, in her view, justified by the need to give prosecutors a sphere of independence from judicial scrutiny:

It is readily apparent from its constituent elements that the tort of malicious prosecution targets the decision to initiate or continue with a criminal prosecution. When taken by a Crown prosecutor, this decision is one of the “core elements” of prosecutorial discretion, thus lying “beyond the legitimate reach of the court” under the constitutionally entrenched principle of independence . . . [Citation omitted; para. 6.]

[49] It is a bedrock principle that the exercise of core prosecutorial discretion is immune from judicial review, subject only to the doctrine of abuse of process: see *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 48; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at para. 32. Abuse of process may be found where the Crown’s

[47] Dans *Proulx*, la Cour a appliqué cette norme dans le contexte du droit civil québécois. Les juges Iacobucci et Binnie ont confirmé que la malveillance exige « plus que l’insouciance ou la négligence grave » (par. 35). Le demandeur doit plutôt démontrer « un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou de le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale » (*ibid.*). Dans l’affaire *Proulx*, le demandeur était parvenu à établir la malveillance sur la base de faits « très exceptionnels » (par. 44). Selon les juges Iacobucci et Binnie, le ministère public avait fait « un effort conscient en vue d’obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix » en trompant le tribunal, et a ainsi outrepassé son rôle de représentant de la justice (par. 41 et 45). En outre, les actes du poursuivant étaient motivés par un but illégitime, car il a permis que sa fonction serve les desseins d’un particulier. Vu ces circonstances, sa conduite représentait « un usage illégitime du pouvoir de poursuivre » qui a franchi la limite fixée dans *Nelles* (par. 44-45).

[48] *Miazga* est l’arrêt le plus récent de notre Cour portant sur le délit civil de poursuite abusive. La juge Charron y a rappelé que « l’élément de la malveillance sous forme de but illégitime est la clé pour prouver le caractère abusif des poursuites » (par. 8). Cette norme élevée lui semblait justifiée par le besoin d’accorder aux poursuivants une certaine indépendance vis-à-vis du contrôle judiciaire :

D’emblée, il appert de ses éléments constitutifs que le délit civil de poursuites abusives vise la décision d’engager ou de continuer une poursuite criminelle. Prise par un procureur de la Couronne, cette décision constitue l’un des éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, de sorte qu’elle « ne relève pas de la compétence légitime du tribunal » suivant le principe de l’indépendance du ministère public consacré par la Constitution . . . [Référence omise; par. 6.]

[49] Un principe fondamental veut que l’exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites échappe au contrôle judiciaire, sous réserve uniquement de la règle de l’abus de procédure : voir *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 48; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 32. Il

conduct “shocks the community’s conscience” or “offends its sense of fair play and decency”: *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 41. The presence of bad faith and improper motives may indicate this type of conduct: see *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, at para. 68; *Anderson*, at para. 49.

[50] Seen in this light, the malice standard under the tort of malicious prosecution generally operates as an analogue in private law to the doctrine of abuse of process. The link between these two standards was made clear in *Miazga*:

Where an accused is wrongly prosecuted as a result of the prosecutor’s abusive actions, he or she may bring an action in malicious prosecution. Like the test for abuse of process, however, there is a stringent standard that must be met before a finding of liability will be made, in order to ensure that courts do not simply engage in the second-guessing of decisions made pursuant to a Crown’s prosecutorial discretion. [Emphasis added; para. 49.]

In highlighting this link, I should be clear that malice and abuse of process are distinct standards that have their respective areas of application in private and public law. That said, they have a similar purpose: they are high standards *deliberately designed* to capture only very serious conduct that undermines the integrity of the judicial process. By preserving this high bar for judicial intervention, the exercise of prosecutorial discretion can be properly protected.

[51] It is evident that the malice standard will only be met in exceptional cases where the plaintiff can prove, on a balance of probabilities, that a prosecutor’s decision to initiate or continue a prosecution was driven by an improper purpose or motive. To be improper, that purpose or motive must be wholly inconsistent with Crown counsel’s role as minister of justice. *Miazga* makes this point abundantly clear. As Charron J. observed, “[m]alice requires a plaintiff to prove that the prosecutor *wilfully* perverted

est possible de conclure à l’existence d’un abus de procédure lorsque la conduite du ministère public « choque la conscience de la communauté ou heurte son sens du franc-jeu et de la décence » : *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 41. La présence de mauvaise foi et de motifs illégitimes peut signaler une conduite de ce genre : voir *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, par. 68; *Anderson*, par. 49.

[50] Vue sous cet angle, la norme de la malveillance visée par le délit civil de poursuite abusive s’applique généralement comme pendant, en droit privé, de la règle de l’abus de procédure. La Cour a clairement établi le lien entre ces deux normes dans *Miazga* :

L’accusé poursuivi à tort au pénal par suite du comportement abusif du procureur de la Couronne dispose d’un recours au civil. Toutefois, comme dans le cas de l’abus de procédure, il doit satisfaire à des conditions strictes de façon que le tribunal ne mette pas simplement en doute rétrospectivement la décision prise à l’issue de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites. [Je souligne; par. 49.]

En soulignant ce lien, je dois affirmer clairement que la malveillance et l’abus de procédure sont des normes distinctes ayant chacune son propre champ d’application en droit privé et en droit public. Cela dit, ils partagent le même objet : il s’agit de normes rigoureuses *conçues délibérément* pour s’appliquer uniquement dans les cas de comportement très grave qui mine l’intégrité du processus judiciaire. En préservant ce critère exigeant d’intervention judiciaire, on peut protéger convenablement l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

[51] De toute évidence, le demandeur ne satisfera à la norme de la malveillance que dans les cas exceptionnels où il peut établir, selon la prépondérance des probabilités, que la décision du poursuivant d’engager ou de continuer une poursuite était motivée par un but ou un motif illégitime. Ce but ou motif illégitime doit être tout à fait incompatible avec le rôle de l’avocat du ministère public en tant que représentant de la justice. C’est ce que précise clairement l’arrêt *Miazga*. Comme l’a fait

or abused the office of the Attorney General or the process of criminal justice” (para. 80 (emphasis in original)). She went on to emphasize that conduct merely reflecting “incompetence, inexperience, poor judgment, lack of professionalism, laziness, recklessness, honest mistake, negligence, or even gross negligence” will necessarily fall short (para. 81 (emphasis added)).

- (b) *The Malice Standard is Not Applicable to Claims for Charter Damages Alleging Wrongful Non-disclosure*

[52] The Attorneys General advance several arguments in favour of imposing malice as the liability threshold necessary to sustain a *Charter* damages award in this case. These arguments effectively boil down to a single core submission: the balancing of policy factors in *Nelles* — which led this Court to establish a qualified immunity shielding prosecutors from tort liability absent a showing of malice — is also dispositive here. Indeed, the heart of the AGBC’s submission is that “the specific cause of action alleged is immaterial to the policy rationale which underlies the immunity” (R.F., at para. 38). In other words, it is irrelevant that the claim at issue is brought under s. 24(1) of the *Charter*. If the qualified immunity in *Nelles* is to be effective, it must be treated as a general principle of law that applies equally to a claim for *Charter* damages as it does to an action in tort (*ibid.*, at paras. 69-71).

[53] The AGBC makes a number of points in support of this submission. First, it argues that *Nelles* “assumed that an immunity rule would equally apply to a claim for *Charter* damages”, and that “this was

observer la juge Charron, « [p]our établir la malveillance, le demandeur doit prouver que le poursuivant a *délibérément* abusé des pouvoirs du procureur général ou qu’il a perverti le processus de justice criminelle » (par. 80 (en italique dans l’original)). Elle a poursuivi en signalant que la conduite qui témoigne simplement de l’« incompétence, [l’]inexpérience, [du] manque de discernement ou de professionnalisme, de [la] paresse, de [l’]insouciance, [d’une] erreur de bonne foi, de [la] négligence ou même de [la] négligence grave » n’atteindra nécessairement pas le seuil de la malveillance (par. 81 (je souligne)).

- b) *La norme de la malveillance ne s’applique pas aux demandes de dommages-intérêts en vertu de la Charte pour défaut injustifié de communiquer des renseignements*

[52] Les procureurs généraux invoquent plusieurs arguments favorables à l’imposition de la malveillance comme seuil de responsabilité à atteindre pour justifier l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en l’espèce. Ces arguments se résument en fait à une seule thèse fondamentale : la mise en balance des considérations de principe retenues dans *Nelles* — qui a amené notre Cour à établir une immunité restreinte protégeant les poursuivants contre toute responsabilité délictuelle en l’absence d’une démonstration de malveillance — tranche également la présente affaire. En fait, le PGCB soutient essentiellement que [TRADUCTION] « la cause d’action précise alléguée n’a rien à voir avec la raison de principe qui sous-tend l’immunité » (m.i., par. 38). Autrement dit, il importe peu que la demande en cause soit présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Pour que l’immunité restreinte établie dans *Nelles* soit efficace, il faut la considérer comme un principe général de droit qui s’applique autant à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qu’à une action en responsabilité délictuelle (*ibid.*, par. 69-71).

[53] Le PGCB fait valoir un certain nombre d’éléments à l’appui de cette thèse. Premièrement, il soutient que, dans *Nelles*, la Cour [TRADUCTION] « a tenu pour acquis qu’une règle d’immunité s’appliquerait

one of the considerations that led the Court to reject absolute immunity” in favour of a qualified immunity based on malice (R.F., at para. 60). In support of this assertion, it cites the following passage from *Nelles*:

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*. [p. 195]

According to the AGBC, the choice of a qualified rather than absolute immunity was meant to preserve the availability of damages in tort *and* under the *Charter*, and it is therefore implicit in *Nelles* that the liability threshold required in relation to tort actions would necessarily extend to s. 24(1) claims.

[54] Second, the AGBC emphasizes that *Ward* expressly connected the availability of *Charter* damages for prosecutorial misconduct to the tort of malicious prosecution:

Different situations may call for different thresholds, as is the case at private law. Malicious prosecution, for example, requires that “malice” be proven because of the highly discretionary and quasi-judicial role of prosecutors When appropriate, private law thresholds and defences may offer guidance in determining whether s. 24(1) damages would be “appropriate and just”. While the threshold for liability under the *Charter* must be distinct and autonomous from that developed under private law, the existing causes of action against state actors embody a certain amount of “practical wisdom” concerning the type of situation in which it is or is not appropriate to make an award of damages against the state.

(*Ward*, at para. 43)

tout autant à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* » et que « cette considération figurait parmi celles qui avaient amené la Cour à écarter l’immunité absolue » en faveur d’une immunité restreinte fondée sur la malveillance (m.i., par. 60). Pour appuyer cette affirmation, il cite le passage suivant de *Nelles* :

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*. [p. 195]

Selon le PGCB, on a opté pour une immunité restreinte plutôt que l’immunité absolue afin de conserver la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle *et* en vertu de la *Charte*, et la Cour indique donc implicitement dans *Nelles* que le seuil de responsabilité à atteindre dans le cas des actions en responsabilité délictuelle s’appliquerait nécessairement aux demandes fondées sur le par. 24(1).

[54] Deuxièmement, le PGCB souligne que l’arrêt *Ward* fait expressément le lien entre la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour inconduite du poursuivant et le délit civil de poursuite abusive :

Différentes situations appelleront sans doute différents seuils, comme c’est le cas en droit privé. Par exemple, pour qu’une poursuite soit jugée abusive, il faut prouver une « intention malveillante », vu le pouvoir éminemment discrétionnaire et le rôle quasi judiciaire des procureurs [. . .] Dans certains cas pertinents, les seuils et les moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à déterminer si l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) est « convenable et juste ». Certes, le seuil de responsabilité applicable sous le régime de la *Charte* est distinct et indépendant de celui établi en droit privé, mais les causes d’action existantes contre les représentants de l’État recèlent une certaine « sagesse pratique » à l’égard du genre de situations où il serait convenable ou non de contraindre l’État à verser des dommages-intérêts.

(*Ward*, par. 43)

The AGBC argues that the malice standard established in *Nelles* and elaborated in *Proulx* and *Miazga* has withstood the test of time, and is a sound and workable standard for civil claims against prosecutors. It embodies “practical wisdom” and represents a “careful balance” of competing concerns — on the one hand, “the need to ensure that the common law is responsive to claims of wrongful prosecution”, and on the other, the “the powerful policy considerations that support the existence of a qualified immunity” (R.F., at para. 72). In the AGBC’s view, there is no reason to depart from this careful balance when a claim alleging prosecutorial misconduct is framed as a claim for *Charter* damages under s. 24(1). While liability thresholds developed under the *Charter* are intended to be distinct from those in private law, it does not follow that common law immunities should simply be abandoned in the face of a *Charter* damages claim.

[55] Third, the AGBC argues that exempting s. 24(1) claims from the malice standard would have adverse consequences. If a claimant can prevail on a lower liability threshold in a *Charter* damages claim than under a related common law tort, the qualified immunity will lose much of its force and the careful balance of policy factors struck in *Nelles* will be destabilized.

[56] With respect, I do not find these points persuasive. In my view, *Nelles* and its progeny are not dispositive in this case, and malice does not provide a useful liability threshold for *Charter* damages claims alleging wrongful non-disclosure by prosecutors. I come to this conclusion for several reasons.

Selon le PGCB, la norme de la malveillance établie dans *Nelles* puis explicitée dans *Proulx* et *Miazga* a résisté à l’épreuve du temps et constitue une norme solide et pratique pour les poursuites civiles engagées contre les poursuivants. Elle recèle une « sagesse pratique » et représente un « juste équilibre » entre des préoccupations opposées — d’une part, [TRADUCTION] « la nécessité de veiller à ce que la common law soit adaptée aux réclamations pour poursuite abusive » et, d’autre part, « les considérations de principe puissantes qui appuient l’existence d’une immunité restreinte » (m.i., par. 72). De l’avis du PGCB, il n’y a aucune raison d’écarter ce juste équilibre lorsqu’une demande pour inconduite du poursuivant prend la forme d’une demande de dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Bien que les seuils de responsabilité élaborés sous le régime de la *Charte* soient censés être distincts de ceux en droit privé, les immunités de common law ne devraient pas pour autant être simplement abandonnées en présence d’une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

[55] Troisièmement, le PGCB soutient que le fait de soustraire les demandes fondées sur le par. 24(1) à la norme de la malveillance aurait des conséquences néfastes. Si un demandeur peut avoir gain de cause grâce à l’application, à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, d’un seuil de responsabilité moins élevé que le seuil applicable à un délit civil connexe en common law, l’immunité restreinte perdra une bonne partie de sa force et le juste équilibre des considérations de principe établi dans *Nelles* s’en trouvera ébranlé.

[56] Soit dit en tout respect, j’estime que ces éléments ne sont pas convaincants. À mon sens, l’arrêt *Nelles* et ceux rendus dans sa foulée ne permettent pas de trancher la présente affaire, et la malveillance ne fournit pas un seuil de responsabilité utile dans le cas des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* dans lesquelles on allègue le défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements. J’arrive à cette conclusion pour plusieurs raisons.

[57] First, the malice standard is firmly rooted in the tort of malicious prosecution, which has a distinctive history and purpose. The tort is a judicial creation of the 18th century, when prosecutions were carried out by private litigants: *Miazga*, at para. 42. This historical peculiarity should give us pause when we are called upon to transplant elements of this tort into new contexts far beyond those envisioned at the time of its creation. As Charron J. warned in *Miazga*:

Given that the tort of malicious prosecution predates the development of our contemporary system of public prosecutions, courts must take care not to simply transpose the principles established in suits between private parties to cases involving Crown defendants without necessary modification. [para. 44]

[58] Second, the purpose of the malicious prosecution tort must be kept in mind in determining whether to expand the reach of the malice standard. Recall that the wrongdoing targeted by this tort is the decision to initiate or continue an improperly motivated prosecution. In contrast, the alleged wrongdoing at issue in this case is markedly different — the Crown’s failure to discharge its constitutional obligations to disclose relevant information to Mr. Henry.

[59] The malice standard translates awkwardly into cases where the alleged misconduct is wrongful non-disclosure. Malice requires a showing of improper purpose on the part of the prosecutor. This “improper purpose” inquiry is apt when the impugned conduct is a highly discretionary decision such as the decision to initiate or continue a prosecution, because discretionary decision-making can best be evaluated by reference to the decision-maker’s motives. Unlike the decision to initiate or continue a prosecution, the decision to disclose relevant information is not discretionary. Rather, disclosure is a constitutional obligation which must be properly discharged by the Crown in accordance with an accused’s right to make full answer and defence, as guaranteed under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*: see

[57] En premier lieu, la norme de la malveillance est fermement enracinée dans le délit de poursuite abusive, qui a son propre historique et son propre objet. Le délit civil a été créé par les tribunaux au XVIII^e siècle, à une époque où les poursuites pénales étaient le fait de particuliers : *Miazga*, par. 42. Cette particularité de l’histoire devrait nous donner matière à réflexion lorsque nous sommes appelés à transposer des éléments de ce délit dans de nouveaux contextes qui vont bien au-delà de ceux envisagés au moment de sa création. La juge Charron a fait la mise en garde suivante dans *Miazga* :

Étant donné que le délit de poursuites abusives est antérieur à notre système actuel de poursuites pénales publiques, les tribunaux doivent se garder de simplement appliquer les principes issus d’affaires opposant des personnes privées aux litiges dans lesquels le ministère public est partie défenderesse, sans faire les adaptations nécessaires. [par. 44]

[58] En deuxième lieu, il faut garder à l’esprit l’objet du délit de poursuite abusive lorsqu’on décide s’il y a lieu d’élargir la portée de la norme de la malveillance. Rappelons que la faute visée par ce délit est la décision d’engager ou de continuer une poursuite au motif illégitime. Par contre, la faute reprochée en l’espèce est nettement différente — le défaut du ministère public de s’acquitter de son obligation constitutionnelle de communiquer à M. Henry des renseignements pertinents.

[59] La norme de la malveillance s’applique mal dans les affaires où l’inconduite alléguée est le défaut de communiquer des renseignements. Pour établir la malveillance, il faut démontrer que le poursuivant avait un but illégitime. Cet examen du « but illégitime » est approprié lorsque la conduite reprochée est une décision hautement discrétionnaire comme celle d’engager ou de continuer une poursuite, parce que la meilleure façon d’évaluer la prise d’une décision discrétionnaire est de le faire en fonction des motifs du décideur. Contrairement à la décision d’engager ou de continuer une poursuite, la décision de communiquer des renseignements pertinents n’est pas de nature discrétionnaire. La communication des renseignements est plutôt une obligation constitutionnelle dont doit s’acquitter convenablement

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 5.

[60] I readily acknowledge that disclosure decisions often involve difficult judgment calls. As the intervener Attorney General of Ontario observes, disclosure decisions may require consideration of numerous factors, such as whether the information is subject to special protections for sexual assault complainants, special considerations concerning highly sensitive material, or one of the various privileges that attach to information obtained in the course of a criminal prosecution. Even the basic question of relevance may be difficult to assess before the Crown is made aware of the defence theory of the case, and where disclosure requests are not explained or particularized. Furthermore, disclosure obligations are ongoing, which requires prosecutors to continuously evaluate the information in their possession.

[61] However, while I recognize that disclosure decisions pose challenges for prosecutors, they do not implicate the high degree of discretion involved in the decision to initiate or continue a prosecution. As described in Crown policy manuals throughout the country, the decision to lay charges is governed by two primary factors: first, whether there is a reasonable prospect of conviction and second, whether the prosecution would be in the public interest. Manifestly, the “public interest” factor puts substantial discretion in the hands of Crown counsel. That discretion gives prosecutors such a high degree of latitude that the only plausible way to contest it is to assess the underlying motives. No such discretion exists in the disclosure context, and it is therefore unhelpful to require proof of an improper purpose in an action alleging wrongful non-disclosure. Given that disclosure decisions are not a matter of discretion, the

le ministère public, en harmonie avec le droit d’un accusé de présenter une défense pleine et entière que garantissent l’art. 7 et l’al. 11*d*) de la *Charte* : voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 336; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 5.

[60] Je reconnais volontiers que les décisions en matière de communication de renseignements sont souvent le fruit d’une réflexion ardue. Comme le fait remarquer l’intervenant le procureur général de l’Ontario, ces décisions peuvent exiger la prise en considération de nombreux facteurs, tels que la question de savoir si les renseignements font l’objet de protections particulières accordées aux plaignants dans des affaires d’agression sexuelle, des considérations particulières relatives à des documents très délicats, ou l’un des divers privilèges qui s’appliquent aux renseignements recueillis au cours d’une poursuite pénale. Même la question élémentaire de la pertinence peut être difficile à résoudre avant que le ministère public ne soit informé de la thèse de la défense et lorsque les demandes de communication ne sont ni expliquées, ni précisées. En outre, l’obligation de communication est constante, ce qui oblige les poursuivants à évaluer sans arrêt les renseignements en leur possession.

[61] Toutefois, bien que je reconnaisse que les décisions en matière de communication de renseignements posent des défis pour les poursuivants, elles n’ont pas le caractère hautement discrétionnaire de la décision d’engager ou de continuer une poursuite. Comme l’indiquent les guides en matière de poursuites partout au Canada, la décision de porter des accusations est régie par deux facteurs principaux : premièrement, l’existence d’une possibilité raisonnable d’obtenir une déclaration de culpabilité et, deuxièmement, l’opportunité de la poursuite eu égard à l’intérêt public. De toute évidence, le facteur de « l’intérêt public » confère un pouvoir discrétionnaire considérable aux avocats du ministère public. Ce pouvoir discrétionnaire leur donne une telle latitude que la seule façon plausible de le contester consiste à évaluer les motifs sous-jacents. Il n’y a aucun pouvoir discrétionnaire de ce genre dans le

motives of the prosecutor in withholding certain information from the accused are immaterial.

[62] Third, the decision to initiate or continue a prosecution falls within the core of prosecutorial discretion, whereas disclosure decisions do not. Whether in private or public law, the threshold to intrude upon that core discretion must be onerous, since it squarely implicates the independence of prosecutors. As this Court held in *Krieger*:

Prosecutorial discretion refers to the use of those powers that constitute the core of the Attorney General's office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence.

... these powers emanate from the office holder's role as legal advisor of and officer to the Crown. In our theory of government, it is the sovereign who holds the power to prosecute his or her subjects. A decision of the Attorney General, or of his or her agents, within the authority delegated to him or her by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts . . . [paras. 43 and 45]

Both malice and abuse of process therefore represent very high thresholds deliberately chosen to insulate core prosecutorial functions from judicial scrutiny. In contrast, disclosure decisions are not part of core prosecutorial discretion:

In *Stinchcombe*, . . . the Court held that the Crown has an obligation to disclose all relevant information to the

contexte de la communication des renseignements, et il est donc inutile d'exiger la preuve d'un but illégitime dans le cadre d'une action pour défaut injustifié de communiquer des renseignements. Puisque les décisions en matière de communication des renseignements ne sont pas de nature discrétionnaire, les motifs du poursuivant qui ne dévoile pas certains renseignements à l'accusé n'ont aucune importance.

[62] Troisièmement, la décision d'engager ou de continuer une poursuite est prise dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel du poursuivant alors que ce n'est pas le cas des décisions en matière de communication. Que ce soit en droit privé ou en droit public, le seuil à atteindre pour s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire essentiel doit être élevé, car il met nettement en jeu l'indépendance des poursuivants. Comme l'a conclu notre Cour dans *Krieger* :

[L'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites »] [. . .] vise l'exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l'indépendance protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées et d'autres vices.

... ces pouvoirs émanent du rôle du titulaire de la charge à titre de conseiller juridique et de représentant de l'État. Dans notre système gouvernemental, c'est le souverain qui a le pouvoir de poursuivre ses sujets. Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général ou l'un de ses mandataires a prise dans l'exercice du pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux [. . .] font preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. [par. 43 et 45]

La malveillance et l'abus de procédure constituent donc tous deux des seuils très élevés qui ont été délibérément retenus pour soustraire les fonctions essentielles du poursuivant au contrôle judiciaire. Par contre, les décisions en matière de communication de renseignements ne ressortissent pas à son pouvoir discrétionnaire essentiel :

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, [. . .] notre Cour a conclu que le ministère public est tenu de communiquer à la

defence. While the Crown Attorney retains the discretion not to disclose irrelevant information, disclosure of relevant evidence is not . . . a matter of prosecutorial discretion but, rather, is a prosecutorial duty. [*ibid.*, at para. 54]

[63] In *Anderson*, this Court held that “the Crown possesses no discretion to breach the *Charter* rights of an accused”, and that “prosecutorial discretion provides no shield to a Crown prosecutor who has failed to fulfill his or her constitutional obligations such as the duty to provide proper disclosure to the defence” (para. 45). This suggests that disclosure decisions will not necessarily warrant the same level of protection from judicial scrutiny as the decision to initiate or continue a prosecution. Indeed, in the course of criminal trials, disclosure is routinely subject to judicial review. This review is not predicated on a showing of abuse of process. Likewise, in an action for *Charter* damages, a threshold lower than malice is justified when a court is asked to determine whether the Crown is liable for wrongful non-disclosure.

[64] Finally, a purposive approach to s. 24(1) militates against the malice standard. As this Court held in *Dunedin*, “s. 24(1), like all *Charter* provisions, commands a broad and purposive interpretation” and “must be construed generously, in a manner that best ensures the attainment of its objects” (para. 18). Section 24(1) guarantees that rights are upheld by granting “effective remedies” to claimants, and is crucial to the overall structure of the *Charter* because “a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach” (*ibid.*, at paras. 19-20).

défense tous les renseignements pertinents. [. . .] [B]ien que le procureur du ministère public conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer des renseignements non pertinents, la communication d’éléments de preuve pertinents est affaire non pas de pouvoir discrétionnaire, mais plutôt d’obligation de sa part. [*ibid.*, par. 54]

[63] Dans *Anderson*, notre Cour a déclaré que « le ministère public n’a pas le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte aux droits que la *Charte* garantit à un accusé », et que « le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne protège aucunement le procureur du ministère public qui ne s’est pas acquitté de ses obligations constitutionnelles, par exemple celle de communiquer adéquatement la preuve à la défense » (par. 45). Il faut croire que les décisions en matière de communication de la preuve ne bénéficient pas nécessairement de la même protection contre le contrôle judiciaire que la décision d’engager ou de continuer une poursuite. D’ailleurs, la communication des renseignements fait couramment l’objet d’un contrôle judiciaire lors des procès criminels. Ce contrôle ne dépend pas de la démonstration d’un abus de procédure. De même, dans une action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, un seuil inférieur à la malveillance est justifié lorsque le tribunal est appelé à décider si le ministère public doit être tenu responsable d’un défaut injustifié de communiquer des renseignements.

[64] Enfin, une interprétation téléologique du par. 24(1) milite à l’encontre de la norme de la malveillance. Notre Cour a conclu dans *Dunedin* que, « comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, le par. 24(1) commande une interprétation large et téléologique [. . .] et doit être interprété de la manière la plus généreuse qui soit compatible avec la réalisation de son objet » (par. 18). En accordant aux demandeurs des « réparations efficaces », le par. 24(1) garantit la protection des droits et il est crucial pour la structure globale de la *Charte* parce qu’« un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus » (*ibid.*, par. 19-20).

[65] In *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, Iacobucci and Arbour JJ. stressed the importance of a purposive approach to remedies under s. 24(1):

A purposive approach to remedies in a *Charter* context gives modern vitality to the ancient maxim *ubi jus, ibi remedium*: where there is a right, there must be a remedy. More specifically, a purposive approach to remedies requires at least two things. First, the purpose of the right being protected must be promoted: courts must craft responsive remedies. Second, the purpose of the remedies provision must be promoted: courts must craft effective remedies. [Emphasis in original; para. 25.]

In my view, restricting the availability of *Charter* damages for wrongful non-disclosure to cases where the Crown acted with malice would offer neither a responsive nor effective remedy to claimants. A malice standard grounded in “improper purpose” sets too high a bar, and fails to respond adequately to the state conduct at issue. It is also not well suited to the disclosure context. A threshold specifically tailored to that context is preferable.

[66] For these reasons, I reject the application of the malice standard. In doing so, I do not in any way seek to undercut this Court’s malicious prosecution jurisprudence. The qualified immunity established in *Nelles* continues to govern tort actions for malicious prosecution. Furthermore, as I will explain, while the malice standard is not directly applicable, the policy factors outlined in *Nelles* inform the liability threshold in this case.

[65] Dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, les juges Iacobucci et Arbour ont souligné l’importance de donner une interprétation téléologique aux réparations fondées sur le par. 24(1) :

L’interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* actualise l’ancienne maxime *ubi jus, ibi remedium*, là où il y a un droit, il y a un recours. Plus particulièrement, cette interprétation comporte au moins deux exigences, à savoir, premièrement, favoriser la réalisation de l’objet du droit garanti (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations adaptées à la situation), et deuxièmement, favoriser la réalisation de l’objet des dispositions réparatrices (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations efficaces). [Souligné dans l’original; par. 25.]

Selon moi, le fait de restreindre aux cas où le ministère public a agi avec malveillance la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour défaut injustifié de communiquer des renseignements offrirait aux demandeurs une réparation qui n’est ni adaptée à la situation, ni efficace. Une norme de malveillance fondée sur un « but illégitime » place la barre trop haut et ne constitue pas une réponse adéquate à la conduite en cause de l’État. De même, elle ne convient pas dans le contexte de la communication de renseignements. Il est préférable d’appliquer un seuil adapté spécifiquement à ce contexte.

[66] Pour ces motifs, je rejette l’application de la norme de la malveillance. Ce faisant, je ne cherche aucunement à miner la jurisprudence de notre Cour sur les poursuites abusives. L’immunité restreinte établie dans *Nelles* régit toujours les actions en responsabilité délictuelle pour poursuite abusive. De plus, comme je l’expliquerai, bien que la norme de la malveillance ne s’applique pas directement, les considérations de principe énoncées dans *Nelles* éclairent le seuil de responsabilité applicable en l’espèce.

(2) Policy Concerns Informing the Liability Threshold for Wrongful Non-disclosure

[67] Disclosure is one of the Crown’s fundamental obligations in a criminal prosecution. The Crown is duty-bound to disclose relevant information to the defence, and this obligation is a continuing one. This stringent and, at times, heavy burden on the Crown guarantees an accused’s ability to make full answer and defence. Indeed, this was precisely the reason that the Court affirmed a *constitutional* right to disclosure more than two decades ago in *Stinchcombe*:

... there is [an] overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as one of the principles of fundamental justice. ... The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted. [Citation omitted; p. 336.]

[68] Canadians thus rightly expect that the Crown will fulfill its disclosure obligations with diligence and rigour. By and large, Crown attorneys working on the front lines of our criminal justice system exceed these expectations on a daily basis. I pause here to note that Mr. Henry’s allegations of non-disclosure arise, in the main, from events that occurred during the pre-*Stinchcombe* era, when Crown disclosure practices were not as robust as they are today. Nevertheless, our system remains imperfect, and wrongful failure to disclose is not a mere hypothetical — it can, and does, happen, sometimes taking an extraordinary human toll and resulting in serious harm to the administration of justice.

(2) Les préoccupations de principe qui appuient le seuil de responsabilité applicable en cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements

[67] La communication de la preuve est l’une des obligations fondamentales incombant au ministère public dans une poursuite pénale. Le ministère public a le devoir de communiquer à la défense les renseignements pertinents et cette obligation est constante. Ce fardeau rigoureux et parfois lourd qui incombe au ministère public garantit la possibilité pour l’accusé de présenter une défense pleine et entière. D’ailleurs, c’est précisément la raison pour laquelle, il y a plus de 20 ans, la Cour a confirmé dans *Stinchcombe* le droit *constitutionnel* à la communication des renseignements :

... il y a surtout [une] crainte prépondérante que la non-divulgaration n’empêche l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [...] Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. [Référence omise; p. 336.]

[68] Les Canadiens et les Canadiennes s’attendent donc, à juste titre, à ce que le ministère public s’acquitte de ses obligations de communication avec diligence et rigueur. Dans l’ensemble, les procureurs du ministère public qui œuvrent en première ligne de notre système de justice pénale dépassent chaque jour ces attentes. Je m’arrête ici pour souligner que les allégations de défaut de communiquer des renseignements formulées par M. Henry découlent principalement d’événements survenus avant l’arrêt *Stinchcombe*, à une époque où les pratiques du ministère public en matière de communication de renseignements étaient moins rigoureuses qu’elles ne le sont aujourd’hui. Néanmoins, notre système demeure imparfait et le défaut injustifié de communiquer des renseignements n’est pas qu’une simple hypothèse : il peut se produire et se produit effectivement, occasionnant parfois des coûts humains énormes et portant gravement atteinte à l’administration de la justice.

[69] At the same time, all failures to disclose are not made equal. Highly blameworthy conduct, such as the intentional suppression of crucial evidence to obtain a conviction at all costs, sits at one end of the spectrum. At the other, one finds good faith errors in judgment about the relevance of certain tangential information. Both scenarios constitute a breach of an accused's *Charter* rights. Yet, manifestly, these scenarios do not possess the same persuasive force in terms of justifying a *Charter* damages award under s. 24(1).

[70] Given the complex nature of many disclosure decisions, courts should be exceedingly wary of setting a liability threshold that would award *Charter* damages for even minor instances of wrongful non-disclosure. Crown counsel will, from time to time, make good faith errors. Exposing prosecutors to potential liability every time such errors are made would, in my view, interfere with the proper execution of prosecutorial functions. Setting the liability threshold too low would also pose a considerable risk that baseless damages claims against the Crown would proliferate.

[71] These compelling good governance concerns — raised in *Nelles* and its progeny — must be taken into account in determining the appropriate liability threshold for cases of wrongful non-disclosure. As the Chief Justice held in *Ward*, “the underlying policy considerations that are engaged when awarding private law damages against state actors may be relevant when awarding public law damages directly against the state” (para. 22). There are two policy considerations from the malicious prosecution trilogy that I wish to emphasize. First, the liability threshold must ensure that Crown counsel will not be diverted from their important public duties by having to defend against a litany of civil claims. Second, the liability threshold must avoid

[69] Par ailleurs, tous les manquements à la communication des renseignements n'ont pas la même gravité. Une conduite hautement blâmable, telle la suppression délibérée d'éléments de preuve cruciaux en vue de l'obtention d'une déclaration de culpabilité à tout prix, se situe à une extrémité du spectre. On trouve à l'autre extrémité les erreurs de jugement commises de bonne foi quant à la pertinence de certains renseignements indirects. Ces deux scénarios constituent des atteintes aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Pourtant, ces scénarios n'ont manifestement pas la même force persuasive pour ce qui est de justifier l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

[70] Vu la complexité de nombreuses décisions en matière de communication de la preuve, les tribunaux doivent être excessivement réticents à fixer un seuil de responsabilité qui donnerait lieu à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* même dans des cas mineurs de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Les avocats du ministère public font parfois des erreurs de bonne foi. À mon avis, exposer les poursuivants au risque que leur responsabilité soit engagée chaque fois que pareilles erreurs sont commises nuirait au bon exercice de leurs fonctions. Fixer un seuil de responsabilité trop bas risquerait grandement d'entraîner la multiplication des poursuites en dommages-intérêts sans fondement contre le ministère public.

[71] Il faut tenir compte de ces préoccupations impérieuses relatives au bon gouvernement — évoquées dans l'arrêt *Nelles* et les jugements rendus dans sa foulée — pour établir le seuil de responsabilité qui convient aux cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Comme l'a déclaré la Juge en chef dans *Ward*, « les considérations sous-jacentes de politique générale qui interviennent dans la décision d'ordonner à des représentants de l'État de verser des dommages-intérêts de droit privé peuvent être pertinentes lorsqu'il s'agit de contraindre directement l'État à verser des dommages-intérêts de droit public » (par. 22). Je tiens à souligner deux préoccupations de politique générale qui se dégagent de la trilogie sur les poursuites abusives. Premièrement, le

a widespread “chilling effect” on the behaviour of prosecutors.

[72] The first concern — diversion from duties — underscores the need for a high liability threshold. In the disclosure process, mistakes are certainly the exception rather than the rule. That said, if every minor instance of wrongful non-disclosure were to expose prosecutors to liability for *Charter* damages, they would find themselves spending much of their limited time and energy responding to lawsuits rather than doing their jobs. They “would be constantly enmeshed in an avalanche of interlocutory civil proceedings and civil trials”, an outcome that “bode[s] ill for the efficiency of [Crown prosecutors] and the quality of our criminal justice system”: *Elgouzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335 (C.A.), at p. 349. That avalanche would no doubt contain a few strong claims of serious wrongful non-disclosure, but would invariably bring with it scores of meritless claims, each of which would have to be defended at the expense of core Crown functions. The collective interest of Canadians is best served when Crown counsel are able to focus on their primary responsibility — the fair and effective prosecution of crime. In my view, the liability threshold must allow for strong claims to be heard on their merits, while guarding against a proliferation of marginal cases.

[73] The second policy concern — the chilling effect on Crown counsel — also supports a high liability threshold. Fear of civil liability may lead to defensive lawyering by prosecutors. One consequence of this defensive approach would be disclosure decisions motivated less by legal principle than by a calculated effort to ward off the spectre

seuil de responsabilité doit faire en sorte que les avocats du ministère public ne soient pas détournés de leurs fonctions publiques importantes par l’obligation de se défendre contre une multitude de poursuites civiles. Deuxièmement, ce seuil doit permettre d’éviter un « effet paralysant » généralisé sur le comportement des poursuivants.

[72] La première préoccupation — le détournement des fonctions — fait ressortir la nécessité d’un seuil de responsabilité élevé. Dans le processus de communication de la preuve, les erreurs sont assurément l’exception et non la règle. Cela dit, si chaque cas mineur de défaut injustifié de communiquer des renseignements exposait les poursuivants à la responsabilité à l’égard des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, ils consacraient beaucoup de leur temps et de leur énergie limités à se défendre contre des poursuites plutôt qu’à faire leur travail. Ils [TRADUCTION] « seraient constamment empêtrés dans une avalanche de procédures civiles interlocutoires et de procès civils », un résultat qui « n’augurerait rien de bon pour le rendement des [procureurs du ministère public] et la qualité de notre système de justice pénale » : *Elgouzouli-Daf c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335 (C.A.), p. 349. Cette avalanche comprendrait sans aucun doute quelques réclamations solides pour défaut injustifié de communiquer des renseignements, mais apporterait invariablement son lot de réclamations sans fondement dont chacune devrait être contestée au détriment des fonctions essentielles du ministère public. L’intérêt collectif des Canadiens et Canadiennes est mieux servi lorsque les avocats du ministère public peuvent se concentrer sur leur responsabilité première : la poursuite équitable et efficace des criminels. À mon sens, le seuil de responsabilité doit permettre l’audition sur le fond des demandes solides tout en empêchant une prolifération de demandes marginales.

[73] La deuxième préoccupation de principe — l’effet paralysant sur les avocats du ministère public — milite aussi en faveur d’un seuil de responsabilité élevé. La crainte de la responsabilité civile risque d’amener les poursuivants à adopter une approche défensive. Il en résulterait notamment des décisions en matière de communication de la preuve motivées

of liability. The public interest is undermined when prosecutorial decision-making is influenced by considerations extraneous to the Crown's role as a quasi-judicial officer.

[74] For these reasons, I conclude that good governance concerns mandate a threshold that substantially limits the scope of liability for wrongful non-disclosure. In my view, the standard adopted by the application judge, which is akin to gross negligence, does not provide sufficient limits. As I will explain, a negligence-type standard poses considerable problems, and ought to be rejected.

[75] Mr. Henry submits that an even lower threshold — a simple breach of the *Charter* without any additional element of fault — should apply in this context. The Chief Justice and Karakatsanis J. take this approach. Specifically, they adopt the *Ward* framework without modification and rely on case-by-case policy considerations at step three, rather than a heightened threshold, to limit liability. In my respectful view, this approach fails to address the compelling policy and practical concerns that justify limiting prosecutorial liability.

[76] For more than two decades, this Court has steadfastly affirmed the principle that prosecutorial liability should be carefully circumscribed. My colleagues reject the relevance of *Nelles* and its progeny to this case. In their view, our malicious prosecution jurisprudence has no bearing here, since “[t]he legal duty on the Crown to disclose relevant evidence does not involve prosecutorial discretion in the sense discussed in *Nelles* and *Miazga*” (para. 128). I grant that there are significant distinctions between the Crown's discretionary decision to initiate or continue a prosecution, and its disclosure obligations. However, the policy concerns raised in the malicious prosecution trilogy are not confined to the exercise of core prosecutorial discretion. In my view, those concerns have a broader reach and are implicated

moins par les principes juridiques que par des efforts calculés pour se prémunir contre le spectre de la responsabilité. L'intérêt public est compromis lorsque la prise de décisions en matière de poursuites est influencée par des considérations étrangères au rôle du poursuivant en tant qu'officier quasi judiciaire.

[74] Pour ces motifs, je conclus que les préoccupations relatives au bon gouvernement commandent un seuil qui limite sensiblement la portée de la responsabilité en cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. À mon sens, la norme adoptée par le juge de première instance, laquelle s'apparente à la négligence grave, n'offre pas de limites suffisantes. Comme je l'expliquerai, une norme du type de celle de la négligence pose d'importants problèmes et doit être rejetée.

[75] M. Henry plaide qu'un seuil encore plus bas — une simple violation de la *Charte* sans autre élément de faute — devrait s'appliquer dans ce contexte. C'est la solution que proposent la Juge en chef et la juge Karakatsanis. Plus particulièrement, elles adoptent sans le modifier le cadre retenu dans *Ward* et, pour limiter la responsabilité, elles s'appuient à la troisième étape de l'analyse sur l'examen au cas par cas des considérations de principe, plutôt que sur un seuil de responsabilité plus élevé. J'estime, avec égards, que cette solution ne tient pas compte des préoccupations pratiques et de principe impérieuses qui justifient une limitation de la responsabilité du poursuivant.

[76] Durant plus de deux décennies, notre Cour a fermement affirmé le principe suivant lequel la responsabilité du poursuivant doit être soigneusement circonscrite. Selon mes collègues, l'arrêt *Nelles* et ceux rendus dans sa foulée ne sont pas pertinents à la présente affaire. Elles estiment que notre jurisprudence relative aux poursuites abusives n'a aucune incidence en l'espèce puisque « [l']obligation légale [en matière de communication de la preuve pertinente] qui incombe au ministère public ne fait pas intervenir le même pouvoir discrétionnaire que celui qu'a examiné la Cour dans les affaires *Nelles* et *Miazga* » (par. 128). Je conviens qu'il existe des distinctions importantes entre la décision discrétionnaire du ministère public d'engager ou de continuer une poursuite et ses obligations en matière

wherever there is a risk of undue interference with the ability of prosecutors to freely carry out their duties in furtherance of the administration of justice.

[77] My colleagues' proposal would permit claimants to pursue *Charter* damages based on *any* allegation that the Crown breached its disclosure obligations — whether the wrongful non-disclosure was intentional, negligent, or accidental. In my respectful view, this casts too wide a net, exposing prosecutors to an unprecedented scope of liability that would affect the exercise of their vital public function.

[78] No doubt many cases might be thwarted by countervailing considerations invoked at the third step of *Ward* — and in any event would attract a modest quantum of damages at step four, if the claimant were to succeed at trial. However, given the absence of a liability threshold, a claim alleging a relatively minor breach with minimal harm to the claimant might well survive a motion to strike at the pleadings stage, and could lead to an award of damages. With respect, I fear that my colleagues' approach runs the risk of opening the floodgates to scores of marginal claims.

[79] My colleagues suggest that their proposal would not divert Crown counsel from their duties. In their view, since the inquiry would be focused “on the existence and relevance of the [undisclosed] documents, [and] not on the more complex questions of how discretion should have or could have been exercised”, the role of the prosecutor in civil proceedings would be limited (para. 132). With

de communication de la preuve. Toutefois, les préoccupations de principe que soulève la trilogie des décisions relatives aux poursuites abusives ne se limitent pas à l'exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Selon moi, ces préoccupations ont une portée plus vaste et elles entrent en jeu dès lors qu'il existe un risque d'entraver indûment la possibilité, pour les poursuivants, d'exercer en toute liberté leurs fonctions dans l'intérêt de l'administration de la justice.

[77] La proposition de mes collègues permettrait aux demandeurs de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en se fondant sur *toute* allégation que le ministère public a manqué à ses obligations en matière de communication de la preuve — que le défaut injustifié de communiquer des renseignements soit intentionnel, qu'il soit attribuable à la négligence ou qu'il soit accidentel. Soit dit en tout respect, cette proposition ratisse trop large et expose les poursuivants à une responsabilité d'une portée sans précédent susceptible de gêner l'exercice de leur fonction publique essentielle.

[78] Je ne doute pas que les considérations pouvant faire contrepoids invoquées à la troisième étape de l'analyse dans *Ward* puissent contrecarrer un bon nombre de demandes — qui n'aboutiraient en fin de compte qu'à des dommages-intérêts modestes à la quatrième étape, si le demandeur devait avoir gain de cause au procès. Toutefois, vu l'absence d'un seuil de responsabilité, une demande fondée sur un manquement relativement mineur qui a causé peu de tort au demandeur pourrait bien résister à une requête en radiation à l'étape des actes de procédure et pourrait mener à l'attribution de dommages-intérêts. Avec égards, je crains que la solution que proposent mes collègues risque de déclencher une avalanche de demandes marginales.

[79] Mes collègues laissent entendre que leur proposition ne détournerait pas les représentants du ministère public de leurs fonctions. Selon elles, puisque l'analyse porterait essentiellement sur « l'existence et la pertinence des documents [non communiqués] et non les questions plus complexes de savoir comment le ministère public aurait dû ou aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire », le rôle du poursuivant dans

respect, I disagree. In my view, a detailed examination of prosecutors' conduct is inevitable. Such an examination would be necessary, for example, to determine whether case-by-case considerations militate against an award of damages or to set the appropriate quantum of damages for a successful claim.

[80] Similarly, my colleagues imply that their proposal would not have a chilling effect — first, because Crown conduct is already tightly constrained by the obligation to disclose relevant information and second, because “it is the state and not the individual prosecutor who faces liability” (para. 129). With respect, I take a different view. As I have explained, while the obligation to disclose is non-discretionary, there are invariably difficult judgment calls to be made. Those difficult decisions should be motivated by legal principle, not the fear of incurring civil liability. Furthermore, the fact that damages claims lie against the state and not individual prosecutors does not mitigate this concern. Like all lawyers, Crown counsel are professionals who jealously guard their reputations and whose actions are motivated by more than personal financial consequences.

[81] I agree with my colleagues that Mr. Henry alleges very serious instances of wrongful non-disclosure that demonstrate a shocking disregard for his *Charter* rights. His claim as pleaded meets the threshold I would establish. However, we should be wary of using Mr. Henry's exceptional case to justify a substantial expansion of prosecutorial liability. It is only by keeping liability within strict bounds that we can ensure a reasonable balance between remedying serious rights violations and maintaining the efficient operation of our public prosecution system.

l'instance civile serait limité (par. 132). Avec égards, je ne suis pas d'accord. Selon moi, un examen détaillé de la conduite du poursuivant est inévitable. Un tel examen serait nécessaire, par exemple, pour déterminer si des considérations ponctuelles militent contre l'attribution de dommages-intérêts, ou pour fixer le montant des dommages-intérêts à accorder au demandeur qui a gain de cause.

[80] De même, mes collègues laissent entendre que leur solution n'aurait pas d'effet paralysant — premièrement, parce que la conduite du ministère public est déjà strictement encadrée par l'obligation de communiquer les renseignements pertinents, et deuxièmement, parce que « c'est l'État et non le poursuivant à titre individuel qui peut être tenu responsable » (par. 129). Avec égards, ce n'est pas mon avis. Comme je l'ai expliqué, même si l'obligation de communiquer les renseignements n'est pas discrétionnaire, il y a inévitablement des décisions exigeant une réflexion ardue. Ces décisions devraient être motivées par l'application des principes juridiques et non par la crainte de poursuites civiles. De plus, le fait que les demandes de dommages-intérêts soient présentées contre l'État et non contre les poursuivants à titre individuel n'atténue pas cette crainte. Comme tous les avocats, les représentants du ministère public sont des professionnels qui protègent jalousement leur réputation, et la motivation des gestes qu'ils posent ne se limite pas à des conséquences financières personnelles.

[81] Je suis d'accord avec mes collègues pour dire que M. Henry allègue des cas très graves de défaut de communiquer des renseignements qui manifestent une indifférence consternante à l'égard des droits que lui garantit la *Charte*. Les allégations de sa demande respectent le seuil de responsabilité que je propose. Toutefois, nous devons nous garder de retenir le cas exceptionnel de M. Henry pour justifier un élargissement important de la responsabilité du poursuivant. Ce n'est qu'en maintenant la responsabilité à l'intérieur de limites strictes que nous pouvons assurer un équilibre raisonnable entre la réparation de violations graves des droits et la préservation du bon fonctionnement de notre système de poursuites pénales.

D. *Applying the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

[82] As discussed, a cause of action for *Charter* damages will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. I now turn to how this standard will operate in practice.

(1) Policy Concerns May Still Be Considered on a Case-by-Case Basis

[83] In setting a heightened *per se* threshold, I should not be taken as saying that there are no additional good governance concerns that could negate a claim for *Charter* damages in the wrongful non-disclosure context. There may be case-specific policy concerns that militate against an award, even if the claimant has made out the heightened *per se* threshold. For example, the claimant may have an adequate alternative remedy under the *Charter* or in private law. Where a case-specific policy concern tips the balance against a *Charter* damages award, this remedy may properly be denied.

(2) What a Claimant Must Show to Meet the Liability Threshold in Cases of Wrongful Non-disclosure

[84] The liability threshold is tailored to the wrongful non-disclosure context. There is no inquiry into the Crown's motive or purpose, which are concepts

D. *L'application du seuil relatif à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte en cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

[82] Comme nous l'avons vu, une cause d'action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* existe lorsque le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, cause un préjudice à l'accusé en retenant délibérément des renseignements alors qu'il sait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut injustifié de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. J'examine maintenant la question de savoir comment cette norme s'appliquera en pratique.

(1) Les préoccupations de principe peuvent encore être prises en compte au cas par cas

[83] Il ne faut pas croire qu'en fixant un seuil de responsabilité plus élevé, j'affirme qu'il n'y pas d'autres préoccupations relatives au bon gouvernement susceptibles de faire échec à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* dans le contexte du défaut injustifié de communiquer des renseignements. Des préoccupations de principe propres à une affaire donnée peuvent militer contre l'attribution de dommages-intérêts, et ce, même si le demandeur a satisfait au seuil de responsabilité plus élevé. À titre d'exemple, le demandeur peut disposer d'une autre réparation appropriée en vertu de la *Charte* ou en droit privé. Lorsqu'une préoccupation de principe propre à l'affaire milite contre l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, une telle réparation peut à bon droit être refusée.

(2) Ce que doit établir le demandeur pour qu'il soit satisfait au seuil de responsabilité dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements

[84] Le seuil de responsabilité est adapté au contexte du défaut injustifié de communiquer des renseignements. On ne s'interroge pas sur le mobile

better-suited to cases where the exercise of core prosecutorial discretion is challenged. Rather, the focus is on two key elements: the prosecutor's intent, and his or her actual or imputed knowledge. Specifically, a cause of action will lie against the state — subject to proof of causation — where a prosecutor breaches an accused's *Charter* rights by intentionally withholding information when he or she knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence.

[85] Whether considered at the pleadings stage or at trial, the same formulation of the test applies. At trial, a claimant would have to convince the fact finder on a balance of probabilities that (1) the prosecutor intentionally withheld information; (2) the prosecutor knew or ought reasonably to have known that the information was material to the defence and that the failure to disclose would likely impinge on his or her ability to make full answer and defence; (3) withholding the information violated his or her *Charter* rights; and (4) he or she suffered harm as a result. To withstand a motion to strike, a claimant would only need to plead facts which, taken as true, would be sufficient to support a finding on each of these elements.

[86] Nothing in the formulation of this test alters the methods by which finders of fact assess intent. The common sense inference that individuals intend the natural and probable consequences of their actions applies: *R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438, at paras. 58-63, citing *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523. As a result, the evidentiary burden on the claimant is not a high one. To demonstrate that the Crown intentionally withheld information, a claimant need only prove that prosecutors were actually in possession of the information and failed to disclose it. Alternatively, a

du ministère public ou sur l'objectif poursuivi par celui-ci, s'agissant là de concepts qui conviennent mieux aux situations où l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites est contesté. L'accent porte plutôt sur deux éléments clés : l'intention du poursuivant et sa connaissance de fait ou présumée. Plus particulièrement, le demandeur aura une cause d'action contre l'État — sous réserve de la preuve du lien de causalité — lorsqu'un poursuivant porte atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé, en retenant délibérément des renseignements alors qu'il sait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements sont importants pour la défense et que le fait de ne pas les communiquer portera vraisemblablement atteinte à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

[85] Que l'examen ait lieu au stade des actes de procédure ou au procès, la même formulation du critère s'applique. Au procès, un demandeur doit convaincre le juge des faits, selon la prépondérance des probabilités (1) que le poursuivant a retenu délibérément des renseignements, (2) que le poursuivant savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense du demandeur et que le fait de ne pas les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité de présenter une défense pleine et entière, (3) que la rétention de ces renseignements a porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* au demandeur, et (4) que le demandeur a subi un préjudice en conséquence. Pour résister à une requête en radiation, un demandeur n'a qu'à alléguer des faits qui, tenus pour avérés, seraient suffisants pour étayer une conclusion sur chacun de ces éléments.

[86] Rien dans la formulation de ce critère ne modifie les méthodes qu'utilisent les juges des faits pour évaluer l'intention. La déduction conforme au bon sens suivant laquelle une personne a voulu les conséquences naturelles et probables de ses actes s'applique : *R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438, par. 58-63, citant *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523. Par conséquent, le fardeau de preuve qui incombe au demandeur n'est pas très élevé. Pour démontrer que le ministère public a délibérément retenu des renseignements, le demandeur n'a qu'à prouver que les poursuivants étaient effectivement en

claimant could show that prosecutors were put on notice of the existence of the information and failed to obtain possession of it, in contravention of their disclosure obligations: see *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 49. In both of these circumstances, the intention to withhold may be inferred. This inference is available to the finder of fact, but is not mandatory. Furthermore, it is always open to the Crown to lead rebuttal evidence to show that the withholding was not intentional.

[87] The next element of the test relates to the Crown’s knowledge of the materiality of the information and the consequences of withholding it. Under this element, to be *material*, the information must be relevant and “directed at a matter in issue in the case”: *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), at p. 44. That said, the mere fact that information is material to the defence does not necessarily mean that the failure to disclose it will likely impinge on the accused’s ability to make full answer and defence. While related, the two concepts are distinct, and each must be established.

[88] Knowledge of the materiality of the information and the consequences of a failure to disclose can be imputed based on what a reasonable prosecutor would know in the circumstances. Once it is found that information was intentionally withheld which any prosecutor, acting reasonably, should have disclosed, I see no reason why an accused who has suffered harm should be denied a cause of action. I stress, however, that by incorporating a reasonableness aspect into the knowledge element, I am not endorsing a negligence-based standard as the applicable liability threshold. Taken together, the two elements I have described — intent, and actual or imputed knowledge — rise above a purely objective “reasonableness” or “marked departure” standard grounded in a duty of care paradigm.

possession des renseignements et ne les ont pas communiqués. Subsidiairement, un demandeur pourrait démontrer que les poursuivants ont été informés de l’existence des renseignements et n’ont pas tenté de les obtenir, en contravention de leurs obligations en matière de communication de la preuve : voir *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 49. Dans chacun de ces cas, l’intention de ne pas communiquer peut être déduite. Le juge des faits peut faire cette déduction, mais n’y est pas tenu. De plus, le ministère public peut toujours présenter une contre-preuve pour démontrer que la rétention des renseignements n’était pas intentionnelle.

[87] L’élément suivant du critère a trait à la connaissance qu’avait le ministère public de l’importance des renseignements et des conséquences du défaut de les communiquer. Pour le besoin de cet élément, des renseignements seront *importants* s’ils sont pertinents et s’ils [TRADUCTION] « portent sur une question en litige » : *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), p. 44. Cela dit, le simple fait que les renseignements sont importants pour la défense ne signifie pas nécessairement que le défaut de les communiquer portera atteinte à la possibilité, pour l’accusé, de présenter une défense pleine et entière. Bien qu’ils soient reliés, ces deux éléments demeurent distincts et chacun d’eux doit être établi.

[88] La connaissance de l’importance des renseignements en cause et des conséquences du défaut de les communiquer peut être présumée à partir de ce qu’un poursuivant raisonnable aurait su dans les circonstances. Une fois que l’on a conclu que des renseignements ont été délibérément retenus — des renseignements que tout poursuivant agissant de manière raisonnable aurait dû communiquer —, je ne vois pas pourquoi l’accusé qui a subi un préjudice n’aurait pas de cause d’action. Je souligne toutefois que le fait d’intégrer un aspect de raisonabilité à l’élément relatif à la connaissance ne signifie pas que j’accepte une norme fondée sur la négligence en tant que seuil de responsabilité applicable. Considérés ensemble, les deux éléments que je viens de décrire — l’intention et la connaissance réelle ou présumée — s’élèvent au-delà d’une norme purement objective de « raisonabilité » ou d’« écart marqué » qui prend appui sur un paradigme fondé sur l’obligation de diligence.

[89] The purpose of the intent and knowledge elements is not to shield prosecutors from liability by placing an undue burden on claimants to prove subjective mental states. Rather, these elements are designed to set a sufficiently high threshold to address good governance concerns, while preserving a cause of action for serious instances of wrongful non-disclosure. As pleaded, the facts of Mr. Henry's case would meet this threshold.

[90] One final point on the liability threshold bears mentioning. It is not uncommon in the course of a criminal prosecution for disclosure decisions to be challenged, and for a court to determine the lawfulness of the Crown withholding certain information. If a court rules that information sought by the defence need not be disclosed, then the Crown's failure to disclose will have the benefit of a judicial imprimatur. It would not be accurate to say, in these circumstances, that the Crown intentionally "withheld" information from the accused. Even if the judicial determination is later overturned, no liability for *Charter* damages will lie for non-disclosure.

(3) Policy Implications of the Liability Threshold

[91] It may seem harsh to deny *Charter* damages for cases of wrongful non-disclosure which, while less serious, still result in a violation of an accused's *Charter* rights. However, it is a reality that wrongful non-disclosures will cover a spectrum of blameworthiness, ranging from the good faith error, quickly rectified, to the rare cases of egregious failures to disclose exculpatory evidence. Given the policy concerns associated with exposing prosecutors to civil liability, it is necessary that the liability threshold be set near the high end of the blameworthiness spectrum. In reaching this conclusion, I do not purport to create silos of *Charter* violations, classifying some as worthy of concern and others as

[89] Les éléments relatifs à l'intention et à la connaissance ne visent pas à protéger les poursuivants contre toute responsabilité en imposant aux demandeurs le fardeau excessif de prouver des états d'esprit subjectifs. Ils visent plutôt à établir un seuil suffisamment élevé qui permette à la fois de tenir compte des préoccupations relatives au bon gouvernement et de préserver une cause d'action dans les cas graves de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Les faits allégués de la cause de M. Henry pourraient satisfaire à ce seuil.

[90] Un dernier point mérite d'être mentionné sur la question du seuil de responsabilité. Il n'est pas rare dans le cadre d'une poursuite criminelle que des décisions en matière de communication de renseignements soient contestées, et qu'un tribunal se prononce sur la légalité de la décision du ministère public de ne pas communiquer certains renseignements. Si un tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire de communiquer des renseignements demandés par la défense, le défaut du ministère public de les communiquer bénéficiera de l'aval judiciaire. Il serait inexact d'affirmer, en pareilles circonstances, que le ministère public a délibérément « retenu » des renseignements. Même si la décision du tribunal est ultérieurement infirmée, le défaut de communiquer les renseignements n'entraînera aucune responsabilité en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

(3) Répercussions générales du seuil de responsabilité

[91] Il peut paraître dur de refuser d'accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* dans des cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements, lorsque ces cas, bien que moins graves, entraînent néanmoins une violation des droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Le fait est, toutefois, que les cas de défaut injustifié peuvent découler d'un éventail de comportements répréhensibles, allant de l'erreur de bonne foi — corrigée rapidement — aux rares cas où l'on a, de façon tout à fait inacceptable, fait défaut de communiquer une preuve disculpatoire. Vu les préoccupations de principe liées au fait d'exposer des poursuivants à une responsabilité civile, le seuil de responsabilité doit se situer

inconsequential. Courts should endeavour, as much as possible, to rectify *Charter* breaches with appropriate and just remedies. Nevertheless, when it comes to awarding *Charter* damages, courts must be careful not to extend their availability too far.

[92] Indeed, the consequences of setting a lower threshold in this context — simple negligence, or even the gross negligence standard adopted by the application judge — would be serious. This type of threshold implicates a duty of care paradigm that ignores the basic realities of conducting a criminal prosecution. Mr. Henry’s case illustrates the fact that the information ultimately disclosed to an accused is not simply a product of what prosecutors decide to disclose on their own initiative. Rather, disclosure depends on the interplay of a number of factors, including the rigour of the police investigation, the forthrightness of the police in communicating information to prosecutors, and the disclosure decisions taken by the Crown.

[93] A duty of care paradigm risks opening up a Pandora’s box of potential liability theories. For example, if prosecutors were subject to a duty of care, a claimant could allege that they failed to probe the police forcefully enough to ensure that relevant information was not being suppressed. Such an approach would effectively impose an obligation on prosecutors to “police” the police. In my view, widening the Crown’s exposure to liability in this way would be unwarranted. If police act improperly, then a civil claim can and should lie against them: see *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129.

près de l’extrémité supérieure de l’échelle de culpabilité morale. Loin de moi l’idée, en tirant cette conclusion, de créer des catégories étanches de violations de la *Charte* et de considérer certaines d’entre elles comme étant dignes d’intérêt et d’autres comme étant sans conséquence. Les tribunaux doivent, dans la mesure du possible, s’efforcer de rectifier les violations de la *Charte* en accordant des réparations convenables et justes. Toutefois, lorsqu’il s’agit d’accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, ils doivent se garder d’en permettre trop largement l’attribution.

[92] En fait, imposer un seuil peu élevé dans un tel contexte — la norme de la négligence simple, ou même celle de la négligence grave retenue par le juge de première instance — entraînerait de graves conséquences. Ce type de seuil fait intervenir un paradigme fondé sur l’obligation de diligence qui ne tient pas compte des réalités fondamentales du déroulement d’une poursuite criminelle. La cause de M. Henry montre que les renseignements que les poursuivants finissent par communiquer à l’accusé ne sont pas le simple produit de ce que ceux-ci décident de communiquer de leur propre initiative. Cette communication dépend de l’interaction d’un certain nombre de facteurs, notamment la rigueur de l’enquête policière, la franchise dont fait preuve la police lorsqu’elle transmet des renseignements aux poursuivants et les décisions du ministère public en matière de communication de la preuve.

[93] Un paradigme fondé sur l’obligation de diligence risque d’ouvrir une boîte de Pandore de théories potentielles sur la responsabilité. À titre d’exemple, si les poursuivants étaient assujettis à une obligation de diligence, un demandeur pourrait prétendre qu’ils ne se sont pas enquis avec suffisamment de détermination auprès de la police pour empêcher la suppression de renseignements pertinents. Une telle approche obligerait dans les faits les poursuivants à contrôler le travail de la police. À mon avis, il serait injustifié d’élargir ainsi les risques que le ministère public voie sa responsabilité engagée. Si la police n’agit pas correctement, sa responsabilité civile peut et devrait être engagée : voir *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129.

[94] The problems with a negligence-based standard are even more apparent when considering how this lower threshold would operate at the pleadings stage. The lower the threshold, the greater the number of claims that would have to be defended. The mere fact of having to respond to an onslaught of litigation, even if ultimately unsuccessful, would chill the actions of prosecutors and divert them from their proper functions. It would be far too easy for a claimant with a weak claim to plead facts disclosing a cause of action for negligence — *simpliciter* or gross — and thus drive prosecutors into civil court. Bringing a *Charter* damages claim for prosecutorial misconduct should not be a mere exercise in artful pleading. In contrast, the threshold I have outlined ensures that many unmeritorious claims will be weeded out at an early stage, either on a motion to strike or on a motion for summary judgment.

(4) The Causation Requirement

[95] In addition to establishing a *Charter* breach and the requisite intent and knowledge, a claimant must prove that, as a result of the wrongful non-disclosure, he or she suffered a legally cognizable harm. Liability attaches to the Crown only upon a finding of “but for” causation. In cases involving wrongful convictions, this “but for” test avoids the thorny issue of whether or not factual innocence is required — that is, proof that the accused did not in fact commit the crimes alleged. Instead, the focus of the inquiry is on the proceedings that occurred at the time of the intentional failure to disclose. That said, without deciding the issue, I would not foreclose the possibility that evidence of factual innocence or guilt could go to the quantum of damages.

[96] Harm can be shown by the claimant in different ways. I do not propose an exhaustive list, but

[94] Les problèmes que présente une norme fondée sur la négligence ressortent davantage lorsqu’on se demande comment ce seuil moins élevé pourrait s’appliquer à l’étape des actes de procédure. Plus ce seuil est bas, plus grand est le nombre d’actions qu’il faudrait contester. Le simple fait d’avoir à réagir à une avalanche de poursuites, même si celles-ci sont finalement rejetées, paralyserait les travaux des poursuivants et les détournerait des fonctions qu’ils doivent exercer. Il serait beaucoup trop facile pour un demandeur dont la cause est difficilement justifiable de plaider des faits qui révèlent une cause d’action fondée sur la négligence — simple ou grave — et donc, de traîner les poursuivants devant les tribunaux civils. Le fait d’intenter en vertu de la *Charte* une action en dommages-intérêts pour inconduite du poursuivant ne devrait pas constituer un simple exercice pour un plaideur habile. Au contraire, le seuil que je viens de décrire fait en sorte que bon nombre de poursuites frivoles seront écartées tôt dans le processus, que ce soit au moyen d’une requête en radiation ou d’une requête en jugement sommaire.

(4) L’exigence relative au lien de causalité

[95] En plus d’avoir à établir une violation de la *Charte* ainsi que l’intention et la connaissance requises, le demandeur doit prouver que le défaut injustifié de communiquer des renseignements lui a causé un préjudice reconnu en droit. Le ministère public n’engage sa responsabilité que si l’on conclut à l’existence d’un lien de causalité fondé sur un « facteur déterminant ». Dans les cas de déclarations de culpabilité injustifiées, ce critère du « facteur déterminant » permet d’éviter la question épineuse de savoir si l’innocence factuelle est exigée ou non — c’est-à-dire la preuve que l’accusé n’a pas commis les crimes reprochés. L’analyse porte plutôt sur les procédures au moment où l’on a intentionnellement omis de communiquer des renseignements. Cela dit, sans trancher cette question, je n’écarte pas la possibilité que la preuve de l’innocence ou de la culpabilité factuelle puisse être pertinente en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts accordé.

[96] Le demandeur peut prouver le préjudice de différentes façons. J’en présente ici plusieurs

offer several examples. A historical wrongful conviction would certainly qualify. *Charter* damages would also be available where the wrongful non-disclosure led to a conviction at trial that was later overturned on appeal, and ultimately replaced by an acquittal — either entered directly on appeal or following a new trial. Even if the claimant was acquitted at trial, a *Charter* damages award would be available where it could be shown that the charges would have been dismissed or withdrawn at an earlier stage of proceedings had proper disclosure been made. In such a case, damages might serve to compensate for time wrongfully spent in custody and any consequential harm suffered as a result of the criminal proceedings.

[97] Regardless of the nature of the harm suffered, a claimant would have to prove, on a balance of probabilities, that “but for” the wrongful non-disclosure he or she would not have suffered that harm. This guarantees that liability is restricted to cases where the intentional failure to disclose was actually the cause of the harm to the accused.

[98] The “but for” causation test may, however, be modified in situations involving multiple alleged wrongdoers. For example, where the claimant alleges that a wrongful conviction was caused in part by the failure of police to provide material information to prosecutors, and in part by the Crown’s failure to disclose, then a showing of “but for” causation will not be necessary. In this scenario, the causation requirement will be satisfied if the claimant can prove that the prosecutorial misconduct materially contributed to the harm suffered: *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181.

exemples, mais la liste n’est pas exhaustive. Une déclaration de culpabilité injustifiée prononcée dans le passé constituerait certainement une telle preuve. L’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également être justifiée lorsque le défaut injustifié de communiquer des renseignements a mené, au procès, à une déclaration de culpabilité qui a ultérieurement été annulée en appel pour être finalement remplacée par un verdict d’acquiescement — inscrit directement en appel ou à l’issue d’un nouveau procès. Même si le demandeur a été acquitté au procès, des dommages-intérêts pourraient être accordés en vertu de la *Charte* s’il est possible d’établir que les accusations auraient été rejetées ou retirées plus tôt dans les procédures si les renseignements avaient dûment été communiqués. Dans un tel cas, l’attribution de dommages-intérêts pourrait permettre d’indemniser l’accusé pour la période qu’il a passée injustement en détention et pour tout préjudice indirect que lui a causé la poursuite criminelle.

[97] Quelle que soit la nature du préjudice subi, le demandeur devrait établir selon la prépondérance des probabilités que « n’eût été » le défaut injustifié de communiquer des renseignements, il n’aurait pas subi ce préjudice. Cela garantit que la responsabilité n’est engagée que dans les cas où l’omission intentionnelle de communiquer des renseignements constitue bel et bien la cause du préjudice subi par l’accusé.

[98] Le critère du « facteur déterminant » peut toutefois être modifié dans les cas où la faute est attribuée à plusieurs personnes. À titre d’exemple, lorsque le demandeur allègue qu’une déclaration de culpabilité injustifiée résulte en partie du fait que la police n’a pas communiqué certains renseignements importants aux poursuivants et en partie de l’omission du ministère public de communiquer des renseignements, il ne sera pas nécessaire d’établir la causalité fondée sur un « facteur déterminant ». Dans ce scénario, le lien de causalité sera établi si le demandeur peut prouver que l’inconduite de la poursuite a contribué de façon appréciable au préjudice subi : *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181.

V. Conclusion

[99] I would allow the appeal. Proof of malice is not required to make out a cause of action for *Charter* damages against the provincial Crown in this case. Mr. Henry may seek to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages against the AGBC alleging that the Crown, in breach of its constitutional obligations, caused him harm by intentionally withholding information when it knew, or should reasonably have known, that the information was material to his defence and that the failure to disclose would likely impinge on his ability to make full answer and defence.

[100] As success is divided in this appeal, I would order costs in the cause throughout.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[101] This case raises questions about the availability of damages under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a remedy for the breach of the Crown's constitutional disclosure obligations.

[102] The notice of civil claim in this case alleges egregious violations of an accused's right to disclosure, with devastating consequences. In 1983, Mr. Henry was convicted of 10 counts of sexual assault, declared a dangerous offender, and sentenced to an indefinite period of incarceration. Before, during, and in the many years after his trial, Mr. Henry repeatedly sought disclosure of exculpatory evidence held by the police and prosecution, to no avail. In

V. Conclusion

[99] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. En l'espèce, une preuve de malveillance n'est pas nécessaire pour établir contre l'État provincial l'existence d'une cause d'action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. M. Henry peut demander de modifier ses actes de procédure afin d'y inclure une demande en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* contre le PGCB dans laquelle il allègue que le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour sa défense et que le défaut de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité, pour M. Henry, de présenter une défense pleine et entière.

[100] Comme le succès est mitigé en l'espèce, je suis d'avis d'accorder les dépens devant toutes les cours suivant l'issue de la cause.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[101] La présente affaire soulève des questions quant à la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à titre de réparation accordée pour manquement aux obligations constitutionnelles du ministère public en matière de communication de la preuve.

[102] En l'espèce, la déclaration allègue des violations flagrantes du droit de l'accusé à la communication de la preuve qui ont entraîné des conséquences dévastatrices. En 1983, M. Henry a été reconnu coupable de 10 chefs d'accusation d'agression sexuelle, déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée. Avant et pendant son procès, de même qu'au cours des nombreuses années qui ont suivi ce

2002, police began re-investigating a series of unsolved sexual assaults. Ultimately, a Special Prosecutor was appointed to review Mr. Henry's convictions, leading to the 2008 disclosure of substantial police file materials. In 2010, the British Columbia Court of Appeal acquitted Mr. Henry on all counts, on the basis that the evidence as a whole was incapable of proving the element of identification: 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96. He served nearly 27 years in prison. He now seeks an award of damages under s. 24(1) of the *Charter*, for the breach of the Crown's constitutional disclosure obligations.

[103] This appeal asks: What facts must Mr. Henry plead in order to be able to advance such a claim in court? In particular, must he allege malice or fault on the part of state officials who violated his rights?

[104] The Attorney General of British Columbia argues that claims for damages resulting from prosecutorial misconduct require, at a minimum, that the claimant establish malice. In our view, the Attorney General's argument is misplaced. Imposing a fault requirement for *Charter* damages, where the Crown has breached its duty to disclose, is inconsistent with the purpose of s. 24(1) and with the principled framework established in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, for assessing whether an award of damages would be appropriate and just in the circumstances of a particular case.

dernier, M. Henry a maintes fois réclamé, mais en vain, la communication de la preuve disculpatoire dont disposaient les policiers et le poursuivant. En 2002, la police a entrepris une nouvelle enquête relative à une série d'agressions sexuelles non résolues. Plus tard, un procureur spécial a été désigné pour réexaminer les condamnations de M. Henry à qui, en 2008, un grand nombre de documents du dossier de la police ont ensuite été communiqués. En 2010, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a acquitté M. Henry relativement à tous les chefs, au motif que la preuve, dans son ensemble, ne permettait pas d'établir l'élément d'identification : 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96. M. Henry a néanmoins purgé une peine d'emprisonnement de presque 27 ans et il réclame maintenant des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pour manquement aux obligations constitutionnelles du ministère public en matière de communication de la preuve.

[103] Le présent pourvoi soulève la question suivante : quels faits M. Henry doit-il invoquer afin de pouvoir présenter une telle réclamation à la Cour? Plus particulièrement, doit-il alléguer la malveillance ou la faute des représentants de l'État qui ont violé ses droits?

[104] Selon le procureur général de la Colombie-Britannique, les réclamations en dommages-intérêts découlant de la conduite répréhensible du poursuivant exigent, à tout le moins, que le demandeur établisse la malveillance. À notre avis, l'argument du procureur général n'est pas à propos. L'obligation de prouver l'existence d'une faute pour obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* — dans le cas où le ministère public a manqué à son obligation en matière de communication de la preuve — est incompatible avec l'objet du par. 24(1) et avec le cadre d'analyse rationnel énoncé dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, pour déterminer si l'attribution de dommages-intérêts serait convenable et juste eu égard aux circonstances de l'affaire.

II. The Purpose of Section 24(1) and the Ward Framework

[105] The *Charter* guarantee of rights and freedoms is meaningful only to the extent that breaches are appropriately remedied. To this end, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* provides for the nullification of laws which are inconsistent with the Constitution, including the *Charter*. It is complemented by s. 24 which authorizes courts to grant remedies where an individual's *Charter* rights have been infringed by state action. These remedial provisions, like all *Charter* provisions, should be given a generous and purposive interpretation: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595.

[106] In *Ward*, this Court examined the broad grant of powers provided in s. 24(1) of the *Charter*, which empowers courts of competent jurisdiction to grant remedies that are “appropriate and just in the circumstances”. Quoting *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, the Court observed that “[i]t is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to preempt or cut down this wide discretion”: *Ward*, at para. 18, citing *Mills*, at p. 965. While the court's discretion is not unfettered, “[w]hat is appropriate and just will depend on the facts and circumstances of the particular case”: *Ward*, at para. 19. To determine whether damages are an appropriate and just remedy, a court must be empowered to look at and balance all relevant considerations arising in a given case.

[107] *Ward* provides a framework for evaluating these competing considerations. The *Ward* test for an award of damages under s. 24(1) of the *Charter* consists of four steps:

- (1) The applicant must establish a *Charter* breach by the state;

II. L'objet du par. 24(1) et le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt Ward

[105] La protection des droits et libertés garantie par la *Charte* n'a de sens que dans la mesure où les violations donnent lieu à une mesure réparatrice convenable. C'est la raison pour laquelle l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'invalidation des lois qui sont incompatibles avec la Constitution, dont la *Charte*. L'article 24, qui autorise les tribunaux à accorder une réparation lorsque les droits d'une personne ont été violés par suite d'une mesure prise par l'État, complète l'art. 52. Ces dispositions réparatrices, comme toutes les dispositions de la *Charte*, doivent faire l'objet d'une interprétation généreuse et téléologique : *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

[106] Dans l'arrêt *Ward*, la Cour a examiné les larges pouvoirs conférés par le par. 24(1) de la *Charte*, qui habilite les tribunaux compétents à accorder la réparation qu'ils estiment « convenable et juste eu égard aux circonstances ». Citant l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, la Cour a fait observer que « [c]e large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée » : *Ward*, par. 18, citant *Mills*, p. 965. Bien que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne soit pas absolu, « [c]e qui est convenable et juste dépendra des faits et des circonstances de chaque affaire » : *Ward*, par. 19. Pour décider si les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, le tribunal doit être habilité à examiner et à mettre en balance toutes les considérations pertinentes d'une affaire donnée.

[107] L'arrêt *Ward* fournit un cadre pour l'évaluation de ces considérations concurrentes et le test qu'il énonce quant à l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* comporte quatre étapes :

- (1) Le demandeur doit démontrer que l'État a violé un droit protégé par la *Charte*;

- | | |
|---|--|
| <p>(2) The applicant must establish that damages would serve at least one of the functions of compensation, vindication or deterrence;</p> <p>(3) If (1) and (2) are established, the onus shifts to the state to show that there are countervailing considerations (such as alternative remedies or good governance concerns) that would make <i>Charter</i> damages inappropriate or unjust;</p> <p>(4) Finally, if the government fails to establish that countervailing considerations make <i>Charter</i> damages inappropriate or unjust, the last step in the <i>Ward</i> analysis is to determine the quantum of damages.</p> | <p>(2) Le demandeur doit établir que l'attribution de dommages-intérêts remplirait au moins l'une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion;</p> <p>(3) Si les première et deuxième étapes sont franchies, il revient à l'État de démontrer l'existence de considérations pouvant faire contrepoids (p. ex., l'existence d'autres recours ou de préoccupations relatives au bon gouvernement) qui feraient en sorte que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la <i>Charte</i> ne serait pas convenable et juste;</p> <p>(4) Enfin, si le gouvernement échoue à démontrer que les considérations faisant contrepoids feraient en sorte que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la <i>Charte</i> ne serait pas convenable et juste, la dernière étape de l'analyse prescrite par l'arrêt <i>Ward</i> consiste à fixer le montant des dommages-intérêts.</p> |
|---|--|

[108] Applying these principles to this case, Mr. Henry must plead facts that, if true, establish (1) a breach of his *Charter* rights and (2) that damages constitute an appropriate and just remedy to advance the purposes of compensation, vindication or deterrence. It is for the state to plead facts on the third step of countervailing factors, should it choose to do so.

III. Application of the *Ward* Framework to This Case

A. *Step One: Breach of Charter Rights*

[109] The first step in the *Ward* analysis requires that the claimant establish a breach of his or her *Charter* rights. Mr. Henry makes a number of specific allegations about the failure of the Crown to disclose evidence before, during and after his criminal trial on sexual assault charges. These allegations, if true, amount to blatant violations of his

[108] Si l'on applique ces principes à la présente affaire, M. Henry doit alléguer des faits qui, s'ils s'avèrent, devront établir (1) qu'il y a eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et (2) que les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste qui favorise la réalisation d'au moins une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Il appartient ensuite à l'État, à la troisième étape, relative aux facteurs faisant contrepoids, d'alléguer des faits, s'il le souhaite.

III. Application à la présente affaire du cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Ward*

A. *Première étape : Violations des droits garantis par la Charte*

[109] La première étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Ward* exige du demandeur qu'il fasse la preuve d'une atteinte à ses droits garantis par la *Charte*. M. Henry fait plusieurs allégations précises concernant le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve tant avant que pendant et après son procès criminel relatif à des

right to full disclosure, as protected under s. 7 of the *Charter*.

[110] For instance, according to Mr. Henry, the Crown withheld a large number of victim statements despite repeated defence requests for full disclosure of these statements. No victim statements, police reports or forensic reports were disclosed prior to the commencement of trial. Many victim statements remained undisclosed throughout the trial and, according to Mr. Henry, contain material inconsistencies that would have been helpful for his defence. Mr. Henry also alleges that forensic evidence relating to the perpetrator's spermatozoa remained undisclosed throughout the trial, again despite repeated specific requests. On the contrary, the Crown adduced evidence to the effect that no forensic evidence was located at any of the crime scenes that could be used to help identify the perpetrator. Further, police reports relating to another suspect were not disclosed. The sole issue at trial was the identity of the perpetrator and the Crown's case rested on victim identifications.

[111] If proven at trial, these facts would indisputably establish a breach of Mr. Henry's disclosure rights under s. 7 of the *Charter*. The government does not appear to dispute the violation of Mr. Henry's *Charter* rights.

B. *Step Two: A Functional Justification of Damages*

[112] The second step in the *Ward* analysis requires that the claimant establish that an award of *Charter* damages would serve one or more of the objectives of compensation, vindication, and deterrence. Compensation is about remedying personal loss (para. 25). Vindication is about remedying the

accusations d'agression sexuelle. Ces allégations, si elles sont avérées, décrivent des violations flagrantes de son droit à la communication intégrale de la preuve que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

[110] Par exemple, selon M. Henry, le ministère public a refusé de lui faire part d'un grand nombre de déclarations des victimes, malgré les demandes répétées de la défense pour qu'elles lui soient intégralement communiquées. Aucune déclaration de victimes ni aucun rapport de police ou d'expertise médico-légale ne lui ont été communiqués avant l'ouverture du procès. De nombreuses déclarations des victimes n'ont pas non plus été communiquées pendant le procès et, selon M. Henry, celles-ci comportaient des contradictions importantes qui auraient pu aider sa défense. M. Henry allègue, en outre, que des éléments de preuve médico-légale concernant le sperme de l'auteur des agressions n'ont pas été communiqués pendant le procès, là encore, malgré des demandes précises à cet effet formulées à maintes reprises. Non seulement cela, mais selon les éléments de preuve présentés par le ministère public, aucune preuve médico-légale permettant d'identifier l'auteur des crimes n'avait été relevée sur les lieux des agressions. Les rapports de police concernant un autre suspect n'ont par ailleurs pas été communiqués. La seule question en litige lors du procès portait sur l'identité de l'auteur des agressions et la preuve du ministère public reposait sur l'identification de l'agresseur faite par les victimes.

[111] Si ces faits sont prouvés lors du procès, ils établiront incontestablement que les droits de M. Henry à la communication de la preuve, garantis par l'art. 7 de la *Charte*, ont été violés. Le gouvernement ne semble pas contester qu'il y a eu violation des droits que M. Henry tire de la *Charte*.

B. *Deuxième étape : Justification fonctionnelle des dommages-intérêts*

[112] Selon la deuxième étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Ward*, le demandeur doit établir que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* servirait un ou plusieurs des objectifs que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion : l'indemnisation vise à réparer une

harm the infringement causes society (para. 28). Deterrence is forward-looking and serves a preventative function (para. 29).

[113] By any measure, the facts alleged by Mr. Henry are egregious. The Crown allegedly withheld highly relevant and exculpatory evidence, despite repeated and specific defence requests for disclosure. The impact on Mr. Henry's ability to make full answer and defence is obvious. Mr. Henry was convicted on all charges at trial, was declared a dangerous offender, and spent 27 years behind bars. Following his convictions in 1983, Mr. Henry continued to proclaim his innocence and seek review of his case. His pleas were finally heard after the police reopened its investigation into a string of unsolved sexual assaults similar to those for which Mr. Henry was convicted. This investigation resulted in the conviction of a man who had been a suspect in Mr. Henry's case. As a result, a Special Prosecutor was appointed to review Mr. Henry's convictions, leading to the 2008 disclosure of substantial police file materials. In 2010, he was finally acquitted on all counts by the British Columbia Court of Appeal. The court held that no properly instructed jury, acting reasonably, could have rendered a guilty verdict on any of the counts (para. 142).

[114] Mr. Henry was wrongfully convicted and imprisoned by the state for 27 years. On the facts alleged, the fairness of his trial was directly and seriously compromised by the breach of his s. 7 right to full disclosure. In these circumstances, an award of *Charter* damages under s. 24(1) may provide some compensation for the hardships Mr. Henry has endured. Obviously, no amount of money can restore to him the decades he has spent behind bars. However, a monetary award may offer some compensation for

perte personnelle (par. 25); la défense du droit en cause vise à réparer le préjudice que l'atteinte cause à la société (par. 28); la dissuasion est de nature prospective et elle joue un rôle préventif (par. 29).

[113] Quoi qu'il en soit, les faits qu'allègue M. Henry sont graves. Le ministère public aurait refusé de communiquer des éléments de preuve très pertinents et disculpatoires, malgré les demandes de communication précises présentées par la défense à maintes reprises. Ce refus a manifestement eu une incidence sur la possibilité pour M. Henry de présenter une défense pleine et entière. D'ailleurs, il a été reconnu coupable de tous les chefs d'accusation à l'issue du procès, il a été déclaré délinquant dangereux et il a été incarcéré pendant 27 ans. Après ses condamnations en 1983, M. Henry a continué de proclamer son innocence et de chercher à faire réexaminer sa cause. Ses demandes ont finalement été entendues après que la police a procédé à la réouverture de l'enquête portant sur une série d'agressions sexuelles non résolues semblables à celles à l'égard desquelles M. Henry avait été déclaré coupable. Au terme de cette enquête, un homme qui avait été un suspect dans le dossier de M. Henry a été reconnu coupable. Un procureur spécial a en conséquence été désigné pour réexaminer les condamnations de M. Henry et un grand nombre de documents du dossier de la police lui ont ensuite été communiqués en 2008. En 2010, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a enfin acquitté relativement à tous les chefs d'accusation, après avoir conclu qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement n'aurait pu prononcer un verdict de culpabilité à l'égard de l'un ou l'autre des chefs d'accusation (par. 142).

[114] M. Henry a été condamné à tort et l'État l'a injustement emprisonné pendant 27 ans. Selon les faits allégués, la violation de son droit à la communication intégrale de la preuve que lui garantit l'art. 7 a directement et gravement compromis l'équité de son procès. Dans les circonstances, l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait permettre à M. Henry d'être indemnisé pour les épreuves qu'il a vécues. À l'évidence, aucune somme d'argent ne peut lui redonner

this long period of wrongful imprisonment and the many lost life opportunities it entails.

[115] An award of *Charter* damages may also help vindicate the *Charter* rights that the Crown is alleged to have breached in Mr. Henry's case. As explained in *Ward*, vindication in this context refers to repairing the damage done to the public through the state's violation of *Charter* rights. There are few scenarios that can shake the public's confidence in the justice system more deeply than those alleged by Mr. Henry. According to the allegations, state action in breach of the *Charter* seriously undermined the fairness of Mr. Henry's trial and the state subsequently imprisoned him for nearly three decades. In these circumstances, an award of *Charter* damages may help to publicly vindicate such a serious violation of *Charter* rights. Such an award would recognize the state's responsibility for the miscarriage of justice that occurred in Mr. Henry's case, and the importance of respecting *Charter* rights in order to guarantee trial fairness.

[116] Finally, in the context of *Charter* damages under s. 24(1), “[d]eterrence seeks to regulate government behaviour, generally, in order to achieve compliance with the Constitution”: *Ward*, at para. 29. An award of *Charter* damages might also serve the objective of “influencing government behaviour in order to secure state compliance with the *Charter* in the future”: *ibid*. Proper disclosure of Crown evidence is obviously a matter under the control of the state and its agents, primarily Crown prosecutors. The objective of deterrence may be served by an award of damages that highlights the need for the state to remain vigilant in meeting its constitutional obligations.

les décennies qu’il a passées derrière les barreaux. Cependant, une réparation pécuniaire pourrait lui permettre d’être indemnisé dans une certaine mesure pour cette longue période d’emprisonnement injustifié et pour toutes les possibilités qu’il a perdues du fait de cette incarcération.

[115] L’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également soutenir la défense des droits garantis par la *Charte* que le ministère public aurait violés dans le cas de M. Henry. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Ward*, la défense du droit en cause dans ce contexte sert à réparer les préjudices que la violation des droits garantis par la *Charte* a causés au public. Peu de situations ébranlent la confiance du public dans le système de justice autant que celles qu’allègue M. Henry. D’après les allégations, les mesures prises par l’État en contravention à la *Charte* ont gravement compromis l’équité du procès de M. Henry, et l’État l’a ensuite emprisonné pendant presque trois décennies. Dans les circonstances, l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait contribuer à condamner publiquement une violation aussi grave des droits garantis par la *Charte*. Une telle attribution permettrait de reconnaître la responsabilité de l’État pour l’erreur judiciaire commise dans le dossier de M. Henry ainsi que l’importance de respecter les droits garantis par la *Charte* pour que se tiennent des procès équitables.

[116] Enfin, dans le contexte de l’attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, « [la dissuasion] cherche à régir la conduite du gouvernement, de manière générale, afin d’assurer le respect de la Constitution » : *Ward*, par. 29. L’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également remplir l’objectif d’« influencer sur la conduite du gouvernement de sorte que l’État respecte la *Charte* à l’avenir » : *ibid*. La communication adéquate de la preuve du ministère public est manifestement une question qui relève du contrôle de l’État et de ses représentants, principalement les procureurs de la Couronne. L’objectif de dissuasion peut être réalisé par l’attribution de dommages-intérêts qui souligne la nécessité pour l’État de demeurer vigilant quant au respect de ses obligations constitutionnelles.

[117] Step two of *Ward* establishes a functional approach to determining whether *Charter* damages would constitute, in the language of s. 24(1), an “appropriate and just” remedy for a given *Charter* breach: *Ward*, at paras. 24-31. Moreover, *Ward* holds explicitly that damages may be appropriate and just even where no causal connection is established between a *Charter* breach and harm suffered by the claimant: “. . . the fact that the claimant has not suffered personal loss does not preclude damages where the objectives of vindication or deterrence clearly call for an award” (para. 30).

[118] The objective of compensation, however, requires a causal connection between the *Charter* breach and the loss suffered by the claimant; this objective aims “to compensate the claimant for the loss caused by the *Charter* breach”: *Ward*, at para. 27. As the issue of causation was neither addressed in the decisions below nor argued before us, we prefer to leave any detailed discussion for another day. This said, we are not convinced that the “but for” test proposed by Moldaver J. is appropriate here.

C. *Step Three: Countervailing Considerations — Has the Government Shown That Damages Are Inappropriate or Unjust?*

[119] At step three of the *Ward* analysis, the government has an opportunity to advance any countervailing considerations that would make it inappropriate or unjust to award damages under s. 24(1).

[120] The first countervailing consideration discussed at the third stage of the *Ward* test is whether there are remedies other than s. 24(1) that

[117] La deuxième étape énoncée dans l’arrêt *Ward* prévoit une approche fonctionnelle visant à déterminer si l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait, pour reprendre les termes employés au par. 24(1), une réparation « convenable et juste » pour une violation donnée de la *Charte* : *Ward*, par. 24-31. Par ailleurs, toujours dans cet arrêt, la Cour a expressément conclu que les dommages-intérêts peuvent constituer une réparation convenable et juste même lorsqu’il n’existe aucun lien de causalité entre la violation de la *Charte* et le préjudice subi par le demandeur : « . . . l’absence de préjudice personnel subi par le demandeur n’empêche pas l’attribution de dommages-intérêts si ceux-ci sont par ailleurs manifestement exigés par les objectifs de défense du droit ou de dissuasion » (par. 30).

[118] L’objectif d’indemnisation, lui, requiert l’existence d’un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et la perte subie par le demandeur; il vise à « indemniser le demandeur des pertes occasionnées par la violation de la *Charte* » : *Ward*, par. 27. Puisque la question du lien de causalité n’a été ni soulevée dans les décisions des tribunaux d’instances inférieures ni plaidée devant nous, nous préférons laisser toute discussion détaillée à ce sujet en suspens et qu’il en soit traité à une autre occasion. Cela dit, nous ne sommes pas convaincues que le critère du facteur déterminant proposé par le juge Moldaver convient en l’espèce.

C. *Troisième étape : Considérations qui font contrepoids — Le gouvernement a-t-il démontré que l’attribution de dommages-intérêts constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste?*

[119] À la troisième étape de l’analyse prescrite par l’arrêt *Ward*, le gouvernement a la possibilité de présenter toutes les considérations faisant contrepoids qui pourraient démontrer que l’attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste.

[120] La première considération faisant contrepoids examinée à la troisième étape établie dans l’arrêt *Ward* consiste à se demander s’il existe des

“adequately meet the need for compensation, vindication and/or deterrence” (para. 34) in the particular case before the court. This is an individualized inquiry, not an abstract one. The question is not whether the law in the abstract provides a remedy for the wrong, but whether it is available in the particular case:

The claimant must establish basic functionality having regard to the objects of constitutional damages. The evidentiary burden then shifts to the state to show that the engaged functions can be fulfilled through other remedies. The claimant need not show that she has exhausted all other recourses. Rather, it is for the state to show that other remedies are available in the particular case that will sufficiently address the breach. [Emphasis added; para. 35.]

[121] The Court in *Ward* went on to state:

... it is conceivable that another *Charter* remedy may, in a particular case, fulfill the function of *Charter* damages. [Emphasis added; para. 35.]

[122] At the current stage of proceedings in this case, it is far from clear that there is an alternative remedy that will fulfill the functional objectives of *Charter* damages. The alleged wrong occurred decades ago. The lead prosecutor is dead. An action for damages under s. 24(1) may ultimately be the only remedy that will function to provide compensation, vindication or deterrence.

[123] The second set of countervailing considerations discussed in *Ward* — and the set relied on by the Attorney General of British Columbia — concerns good governance. *Ward* states:

réparations, autres que celles prévues au par. 24(1), qui « répondent adéquatement aux objectifs d’indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion » (par. 34) dans l’affaire particulière dont la cour est saisie. Cette analyse est individualisée et non abstraite. Il ne faut pas chercher à savoir si, théoriquement, le droit prévoit un recours pour le préjudice subi, mais plutôt si ce recours peut offrir une réparation dans l’affaire en cause :

La demanderesse doit établir que les dommages-intérêts jouent un rôle fonctionnel minimal, eu égard aux objectifs des dommages-intérêts en matière constitutionnelle. Le fardeau de la preuve passe ensuite à l’État, qui doit démontrer que d’autres réparations permettraient de servir les fonctions en cause. La demanderesse n’est pas tenue de prouver qu’elle a épuisé tous les autres recours. Au contraire, c’est à l’État de démontrer que d’autres recours possibles dans l’affaire offriraient une réparation suffisante pour remédier à la violation. [Nous soulignons; par. 35.]

[121] La Cour a ensuite indiqué dans l’arrêt *Ward* :

... il se peut qu’une autre réparation accordée en vertu de la *Charte*, dans une affaire donnée, accomplisse la fonction de l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. [Nous soulignons; par. 35.]

[122] Au stade où en est l’instance en l’espèce, l’existence d’une autre mesure de réparation qui réaliserait les objectifs fonctionnels de l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* est loin d’être certaine. Le préjudice allégué est survenu il y a quelques dizaines d’années. Le procureur principal est décédé. Une action en dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) pourrait être au bout du compte le seul recours qui puisse permettre de réaliser les objectifs d’indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion.

[123] Le deuxième ensemble de considérations faisant contrepoids examinées dans l’arrêt *Ward* — et celui sur lequel le procureur général de la Colombie-Britannique s’est fondé — concerne le bon gouvernement. La Cour a affirmé ce qui suit dans l’arrêt *Ward* :

In some situations, however, the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity. [para. 39]

[124] By way of example, the Court in *Ward* opined that a claim for damages under s. 24(1) ought not to be permitted for the state's enforcement of a law until it is declared invalid, unless the state conduct under the law was "clearly wrong, in bad faith or an abuse of power": para. 39, citing *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 78. This elevated fault threshold is justified because "[t]he rule of law would be undermined if governments were deterred from enforcing the law by the possibility of future damage awards in the event the law was, at some future date, to be declared invalid" (para. 39).

[125] The Attorney General of British Columbia argues that permitting Mr. Henry's s. 24(1) claim to proceed: (1) will inappropriately interfere with prosecutorial discretion; (2) will inappropriately lower the standard for prosecutorial liability; and (3) will divert prosecutors from their day-to-day work by involving them in claims in the courts for prosecutorial misfeasance. The Attorney General says that these countervailing considerations mean that claims such as Mr. Henry's should be completely barred; or alternatively that a high fault threshold should be set.

[126] *Ward* recognizes that there may be a need for limited immunity from s. 24(1) damages for a *Charter* breach that arises from the exercise of discretion. This is "because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion" (para. 40). In this context, *Ward* mentions malice as a possible threshold for exercise of prosecutorial discretion. Our colleague, Moldaver J., in a

En revanche, dans certaines situations, l'État pourrait démontrer que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l'État atteint un seuil minimal de gravité. [par. 39]

[124] Par exemple, selon la Cour dans l'arrêt *Ward*, il ne devrait pas être permis d'intenter une action en dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) lorsque l'État a appliqué une loi, tant que celle-ci n'est pas frappée d'invalidité, en l'absence de comportement « clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir » de la part de l'État : par. 39, citant *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 78. Ce seuil élevé de faute serait justifié parce qu'« [i]l serait néfaste pour la primauté du droit que la crainte d'être éventuellement tenus de verser des dommages-intérêts par suite de l'invalidation d'une loi dissuade les gouvernements d'en assurer l'application alors qu'elle est encore valide » (par. 39).

[125] Le procureur général de la Colombie-Britannique soutient que permettre la poursuite de la demande de M. Henry fondée sur le par. 24(1) : (1) toucherait de manière inappropriée à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites; (2) abaisserait de manière inappropriée la norme applicable à la responsabilité du ministère public; et (3) ferait en sorte que les poursuivants soient détournés de leurs tâches quotidiennes parce qu'ils auraient à répondre à des poursuites en justice pour les fautes qu'aurait commises le ministère public. Selon le procureur général, ces considérations faisant contrepoids signifient qu'il devrait être absolument interdit de présenter des demandes comme celle de M. Henry; ou, subsidiairement, qu'il y a lieu d'établir un seuil élevé de faute.

[126] La Cour reconnaît dans l'arrêt *Ward* qu'une immunité restreinte pourrait devoir être accordée à l'État à l'égard des dommages-intérêts attribués en vertu du par. 24(1) pour une violation de la *Charte* qui découle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il en est ainsi « car le droit ne saurait paralyser l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d'élaboration de politiques » (par. 40). Dans

variation on this, would reduce the threshold for s. 24(1) damages in this case to intentional conduct.

[127] In our view, however, the countervailing concerns raised by the Attorney General of British Columbia are misplaced in this case. Mr. Henry's case does not involve the exercise of prosecutorial discretion in the usual sense of the term or as it was discussed in cases such as *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, and *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339. The discretion at issue in those cases is the discretion to commence and pursue a prosecution. This is a wide discretion long acknowledged by the law. It is as difficult to exercise as it is vital to the effective prosecution of criminal cases. The common law has struck a balance that reflects these complex concerns by allowing claims to be brought against prosecutors for misuse of this discretion, but only if malice can be shown: *Miazga*, at para. 7.

[128] However, none of this applies to the prosecution's disclosure obligation. The legal duty on the Crown to disclose relevant evidence does not involve prosecutorial discretion in the sense discussed in *Nelles* and *Miazga*. This duty is not a discretionary function but a *legal obligation*: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 333; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at paras. 17-18. This obligation is absolute, not discretionary, and it is one that Crown prosecutors take seriously. The only discretion left to the prosecutor is a limited operational discretion relating to timing, relevance in borderline cases, privilege and protection of witness identity. *Stinchcombe* states that matters falling within this limited discretion are

ce contexte, la Cour a indiqué dans l'arrêt *Ward* que l'intention malveillante pourrait constituer le seuil qui convient quand il s'agit de juger de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Notre collègue, le juge Moldaver, présente une variante qui abaisserait le seuil applicable à l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) en l'espèce à une conduite intentionnelle.

[127] Or, nous estimons que les préoccupations soulevées par le procureur général de la Colombie-Britannique pour faire contrepoids sont hors de propos en l'espèce. La cause de M. Henry ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public au sens où on l'entend normalement ou tel qu'il a été examiné dans des affaires comme *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, et *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339. Le pouvoir discrétionnaire en cause dans ces affaires était celui d'engager et de mener une poursuite. Il s'agit d'un large pouvoir discrétionnaire que le droit reconnaît depuis longtemps. L'exercice de ce pouvoir est difficile, mais il est vital pour assurer que les infractions criminelles sont efficacement poursuivies. La common law a trouvé un point d'équilibre qui tient compte de ces préoccupations complexes en permettant que des poursuites soient engagées contre les poursuivants qui exercent mal leur pouvoir discrétionnaire, mais uniquement dans les cas où la malveillance pourrait être établie : *Miazga*, par. 7.

[128] Aucun de ces principes ne s'applique toutefois à l'obligation du ministère public en matière de communication de la preuve pertinente. En effet, cette obligation légale qui incombe au ministère public ne fait pas intervenir le même pouvoir discrétionnaire que celui qu'a examiné la Cour dans les affaires *Nelles* et *Miazga*. En effet, cette obligation n'est pas une fonction discrétionnaire, mais une *obligation en droit* : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 333; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 17-18. Il s'agit d'une obligation absolue, et non discrétionnaire, que les procureurs de la Couronne prennent au sérieux. Le seul pouvoir discrétionnaire dont dispose le poursuivant est celui qui, sur le plan opérationnel, s'applique au moment

to be resolved by the trial judge. In other words, prosecutorial discretion with respect to the disclosure of evidence is limited in scope (to operational issues) and duration (the judge, not the prosecutor will make the final decision). It may be helpful to quote the relevant passages from *Stinchcombe*:

The prosecutor must retain a degree of discretion in respect of these matters. The discretion, which will be subject to review, should extend to such matters as excluding what is clearly irrelevant, withholding the identity of persons to protect them from harassment or injury, or to enforce the privilege relating to informers. The discretion would also extend to the timing of disclosure in order to complete an investigation. . . .

The discretion of Crown counsel is . . . reviewable by the trial judge. Counsel for the defence can initiate a review when an issue arises with respect to the exercise of the Crown's discretion. On a review the Crown must justify its refusal to disclose. Inasmuch as disclosure of all relevant information is the general rule, the Crown must bring itself within an exception to that rule. [pp. 335-36 and 340]

[129] Thus any prosecutorial discretion in the process is both limited and judicially controlled. An action for failure to disclose relevant evidence to the defence is different from an action for misuse of prosecutorial discretion in bringing or pursuing a prosecution. It is not an action for abuse of discretion, but an action for breach of a legal duty imposed by the *Charter*. Where this *Charter* duty is breached, it is the state and not the individual prosecutor who faces liability: *Ward*, at para. 22. The

où la preuve sera communiquée, à la pertinence dans les cas limites, au privilège et à la protection de l'identité des témoins. La Cour a affirmé dans l'arrêt *Stinchcombe* qu'il appartient au juge du procès de régler les questions qui relèvent de ce pouvoir discrétionnaire restreint. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de communication de la preuve a une portée (questions d'ordre opérationnel) et une durée (le juge, et non le poursuivant, est celui qui prend la décision définitive) limitées. Il peut être utile de citer les extraits pertinents de l'arrêt *Stinchcombe* :

Il faut que le poursuivant conserve un certain pouvoir discrétionnaire en la matière. Ce pouvoir discrétionnaire, qui est d'ailleurs susceptible de contrôle, devrait s'étendre notamment à l'exclusion des éléments qui ne sont manifestement pas pertinents, à la non-divulgence de l'identité de certaines personnes afin de les protéger contre le harcèlement ou des lésions corporelles, ou à l'application du privilège relatif aux indicateurs. Le pouvoir discrétionnaire s'exercerait en outre pour décider du moment de la divulgation afin que l'enquête puisse être menée à bonne fin. . .

Le pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général peut [. . .] faire l'objet d'un contrôle de la part du juge du procès. L'avocat de la défense a la possibilité d'exiger un tel contrôle dans chaque cas où se pose une question concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Dans le cadre de ce contrôle, le ministère public doit justifier son refus de divulguer les renseignements en question. Comme la règle générale consiste à divulguer tous les renseignements pertinents, il faut alors que le ministère public invoque l'application d'une exception à cette règle. [p. 336 et 340]

[129] En conséquence, tout exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public dans le processus de communication de la preuve est à la fois limité et contrôlé par les tribunaux. Il faut faire une distinction entre l'action pour défaut de communiquer à la défense la preuve pertinente et l'action dans laquelle le demandeur allègue que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite : la première ne vise pas l'abus de pouvoir discrétionnaire, mais

focus is accordingly not on the fault of any particular individual, but on the failure to disclose. Where breaches of the duty to disclose occur, *Charter* liability flows from the constitutionally entrenched mechanisms that permit individuals to hold the state to account. This is distinct from tort liability, which imposes conduct-based thresholds to regulate tortious conduct as between individuals. Good governance is strengthened, not undermined, by holding the state to account where it fails to meet its *Charter* obligations. As Kent Roach has noted, “routine arguments that *Charter* damage awards adversely affect good governance discount the fact both deterrence and compliance with the *Charter* ‘is a foundation principle of good governance’”: “A Promising Late Spring for Charter Damages: *Ward v. Vancouver*” (2011), 29 *N.J.C.L.* 135, at p. 150, quoting *Ward*, at para. 38.

[130] Against this background, we return to the arguments of the Attorneys General of British Columbia and Canada that to allow damages for failure to disclose will chill the exercise of prosecutorial discretion, undermine the high threshold of malice for actions against prosecutors, and divert prosecutors from their proper functions by requiring them to participate in s. 24(1) actions. We conclude it would not.

[131] The concerns raised by the Attorneys General are all based on the assumption that disclosure is a matter of prosecutorial discretion as discussed in *Nelles* and *Miazga* — the discretion to commence and pursue a prosecution. But, as just discussed, this assumption is false. Prosecutors do not have discretion as to whether to disclose relevant evidence

plutôt le non-respect d’une obligation légale imposée par la *Charte*. Lorsqu’il y a manquement à cette obligation découlant de la *Charte*, c’est l’État et non le poursuivant à titre individuel qui peut être tenu responsable : *Ward*, par. 22. L’élément à examiner n’est donc pas une faute commise par un quelconque individu, mais le fait de ne pas avoir communiqué la preuve. Lorsqu’il y a manquement à l’obligation de communiquer la preuve, la responsabilité fondée sur la *Charte* découle des mécanismes protégés par la Constitution qui permettent à quiconque de tenir l’État responsable. Cette responsabilité se distingue de la responsabilité délictuelle dont les seuils établis en fonction de la conduite régissent les rapports délictueux entre individus. Tenir l’État responsable de ses manquements aux obligations découlant de la *Charte* renforce le bon gouvernement plutôt que de l’affaiblir. Ainsi que l’a souligné Kent Roach, [TRADUCTION] « les arguments usuels selon lesquels l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuit au bon gouvernement ne tiennent pas compte du fait que la dissuasion et le respect de la *Charte* “constitue[nt] un principe fondamental de bon gouvernement” » : « A Promising Late Spring for Charter Damages : *Ward v. Vancouver* » (2011), 29 *R.N.D.C.* 135, p. 150, citant *Ward*, par. 38.

[130] Sur cette toile de fond, revenons aux arguments des procureurs généraux de la Colombie-Britannique et du Canada portant que l’attribution de dommages-intérêts pour défaut de communiquer des éléments de preuve aurait pour effet de paralyser l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, de réduire le seuil élevé de la malveillance appliqué aux actions intentées contre les poursuivants et de détourner les poursuivants des fonctions qu’ils doivent exercer vu leur participation aux actions fondées sur le par. 24(1). Nous concluons que ce ne serait pas le cas.

[131] Les préoccupations soulevées par les procureurs généraux reposent toutes sur l’hypothèse que la communication des renseignements relève du pouvoir discrétionnaire du ministère public examiné dans les arrêts *Nelles* et *Miazga* — soit le pouvoir discrétionnaire d’engager et de mener une poursuite. Or, comme nous venons de le voir, cette

— they have a *legal duty* to disclose it. Their only discretion concerns peripheral matters relating to the timing of disclosure, privilege and whether a particular document is relevant — matters which are promptly resolved by trial judges.

[132] Recognizing Mr. Henry’s claim will not chill the exercise of prosecutorial discretion. Nor will it change the high standard of malice for tort actions for misuse of prosecutorial discretion, since those actions are concerned with true exercises of prosecutorial discretion. And there is no reason to suppose that recognizing Mr. Henry’s claim will divert prosecutors from their day-to-day work. Most issues of disclosure are settled at trial. In the rare case, like this one, where they arise after conviction, the prosecutor, if alive, may be called on to testify. The involvement of prosecutors is nonetheless likely to be limited. Since the prosecution is under a *legal duty* to disclose all relevant documents, the focus would be on the existence and relevance of the documents, not on the more complex questions of how discretion should have or could have been exercised.

[133] In summary, we are not persuaded that recognizing the right of Mr. Henry to claim damages for failure to disclose relevant documents will interfere with prosecutorial discretion, imperil the high threshold for suing prosecutors in cases like *Nelles* or *Miazga*, or divert prosecutors from their day-to-day work. The Attorney General of British Columbia’s contention that these concerns constitute a countervailing consideration that should prevent Mr. Henry from bringing his action for *Charter* damages must, in our view, be rejected. There is

hypothèse est erronée. Les poursuivants n’ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s’ils doivent communiquer les éléments de preuve pertinents — ils ont l’*obligation légale* de le faire. Le seul pouvoir discrétionnaire dont ils disposent porte sur les questions accessoires relatives au moment où la preuve est communiquée, au privilège et à la pertinence d’un document donné — questions que règlent rapidement les juges de première instance.

[132] Admettre la demande de M. Henry ne paralysera pas l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Cela ne changera pas non plus la norme élevée de malveillance qui s’applique aux actions en responsabilité délictuelle découlant du fait que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, vu que ces actions s’intéressent à l’exercice véritable du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Rien ne permet non plus de croire qu’admettre la demande de M. Henry détournera les poursuivants de leurs tâches quotidiennes. La plupart des questions liées à la communication de la preuve sont réglées lors du procès. Dans les rares cas, comme en l’espèce, où elles sont soulevées après la condamnation, le poursuivant, en supposant qu’il soit toujours en vie, pourrait être appelé à témoigner. Il n’en reste pas moins que la participation des poursuivants sera vraisemblablement limitée. Vu l’*obligation légale* de la poursuite de communiquer tous les documents pertinents, les éléments à examiner sont l’existence et la pertinence des documents et non les questions plus complexes de savoir comment le ministère public aurait dû ou aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire.

[133] Bref, nous ne croyons pas que la reconnaissance du droit de M. Henry de réclamer des dommages-intérêts pour défaut de communiquer des éléments de preuve pertinents aura pour effet de toucher au pouvoir discrétionnaire du ministère public, de mettre en péril le seuil élevé requis pour engager des poursuites contre les poursuivants conformément aux arrêts *Nelles* et *Miazga*, ou de détourner les poursuivants de leurs tâches quotidiennes. L’argument du procureur général de la Colombie-Britannique selon lequel ces préoccupations constituent

thus no principled basis for imposing any threshold of fault or intention on Mr. Henry's claim for *Charter* damages, as our colleague Moldaver J. proposes to do.

[134] In our view, this is the right result in law and justice. Mr. Henry has suffered egregiously as a result, he alleges, of the state's breach of its legal obligation under the *Charter* to disclose all relevant documents to him when it should have. If he is denied the right to bring a claim for damages under s. 24(1) of the *Charter*, he may be denied any remedy. The legally desirable goals of compensation for wrong, vindication and deterrence elaborated in *Ward* will be unrealized.

[135] This result also upholds Canada's international obligations. Canada has committed itself internationally to compensating those who have been wrongfully convicted. Canada has ratified the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 ("ICCPR"), which provides, at art. 14(6):

When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.

[136] Parliament has not passed legislation to implement this obligation domestically. The obligation expressed in the *ICCPR* is therefore not directly enforceable in Canadian courts. However, our Court has stated many times that the *Charter* should be interpreted consistently with Canada's international obligations. This was reaffirmed most

des considérations faisant contrepoids qui devraient empêcher M. Henry d'intenter son action en dommages-intérêts en vertu de la *Charte* doit, à notre avis, être rejeté. Aucune raison de principe ne permet donc d'imposer un seuil fondé sur la faute ou l'intention à la réclamation en dommages-intérêts présentée par M. Henry en vertu de la *Charte*, comme notre collègue le juge Moldaver propose de le faire.

[134] Nous sommes d'avis que ce résultat est celui qui s'impose en droit et que commande la justice. Le grave préjudice qu'a subi M. Henry découle, à son avis, du fait que l'État ne s'est pas acquitté des obligations légales qui lui incombent en application de la *Charte* de lui communiquer tous les documents pertinents au moment opportun. S'il était privé du droit de présenter une réclamation en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, il risquerait de n'obtenir aucune réparation et les objectifs souhaitables en droit d'indemnisation, de défense du droit en cause et de dissuasion dont il est question dans l'arrêt *Ward* ne seraient pas réalisés.

[135] Ce résultat respecte également les obligations internationales du Canada qui s'est engagé sur le plan international à indemniser les personnes injustement condamnées. En effet, il a ratifié le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (le « PIDCP »), lequel dispose au par. 14(6) que :

Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine à raison de cette condamnation sera indemnisée, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie.

[136] Le législateur n'a édicté aucune loi pour intégrer cette obligation dans notre droit interne. L'obligation exprimée dans le PIDCP n'est donc pas directement susceptible d'exécution devant les tribunaux canadiens. Toutefois, la Cour a affirmé à plusieurs reprises que la *Charte* doit être interprétée d'une manière qui s'accorde avec les obligations

recently in *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 401, at para. 64:

LeBel J. confirmed in *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, that in interpreting the *Charter*, the Court “has sought to ensure consistency between its interpretation of the *Charter*, on the one hand, and Canada’s international obligations and the relevant principles of international law, on the other”: para. 55. And this Court reaffirmed in *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 23, “the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified”.

[137] Canada has committed itself to providing compensation to those who have been wrongfully convicted, as expressed in art. 14(6) of the *ICCPR*. Mr. Henry alleges that he was wrongfully convicted following a trial that was rendered unfair through violation of his right to disclosure. Section 24(1) authorizes the courts to award damages to compensate Mr. Henry for the harm suffered as a result of this *Charter* breach. It would be inconsistent with the international obligation undertaken by Canada through art. 14(6) of the *ICCPR* to predicate an award of damages under s. 24(1) on Mr. Henry’s ability to establish an intentional violation of his *Charter* rights. To require proof of intention would be to lower *Charter* protection below the level of protection found in an international human rights instrument that Canada has ratified. The commitment embodied in art. 14(6) thus further supports our conclusion that Mr. Henry need not establish fault to justify an award of damages under s. 24(1).

IV. Conclusion

[138] We would allow Mr. Henry’s appeal and grant his application to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages against the Attorney General of British Columbia in accordance

internationales du Canada, un principe qu’elle a réaffirmé tout récemment au par. 64 de l’arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 401 :

Dans *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, le juge LeBel confirme que, en interprétant la *Charte*, la Cour « a tenté d’assurer la cohérence entre son interprétation de la *Charte*, d’une part, et les obligations internationales du Canada et les principes applicables du droit international, d’autre part » (par. 55). Puis, dans *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 23, la Cour confirme « qu’il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne ».

[137] Le Canada s’est engagé à indemniser les personnes injustement condamnées, comme le prévoit le par. 14(6) du PIDCP. M. Henry allègue qu’il a été injustement condamné au terme d’un procès rendu inéquitable en raison de la violation de son droit à la communication de la preuve. Le paragraphe 24(1) permet aux tribunaux de lui attribuer des dommages-intérêts afin de l’indemniser pour le préjudice qu’il a subi en raison de cette violation de la *Charte*. Faire reposer l’attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) sur la capacité de M. Henry d’établir que ses droits garantis par la *Charte* ont été intentionnellement violés serait contraire à l’obligation internationale contractée par le Canada et exprimée au par. 14(6) du PIDCP. Exiger une telle preuve d’intention réduirait la protection offerte par la *Charte* à un niveau moindre que celui qui figure dans un instrument international de défense des droits de la personne que le Canada a ratifié. L’engagement formulé au par. 14(6) étaye en outre notre conclusion portant que M. Henry n’a pas à prouver l’existence d’une faute pour justifier l’attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1).

IV. Conclusion

[138] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi de M. Henry et de faire droit à sa demande d’autorisation visant à modifier ses actes de procédure de manière à y inclure une réclamation en

with these reasons. It is sufficient for Mr. Henry to allege that the Crown breached its constitutional obligation to disclose relevant information and that *Charter* damages would be an appropriate and just remedy, serving one or more of the functions of compensation, vindication and deterrence. Mr. Henry need not allege that the Crown breached its constitutional obligation intentionally, or with malice, in order to access *Charter* damages. His pleadings allege that significant non-disclosure resulted in wrongful convictions and 27 years of incarceration. There can be little doubt that, if these allegations are proven, damages would be “appropriate and just” under s. 24(1) of the *Charter*.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Farris Vaughan Wills & Murphy, Vancouver; Ritchie Sandford, Vancouver; A. Cameron Ward & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia as represented by the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.

dommages-intérêts fondée sur la *Charte* et présentée contre le procureur général de la Colombie-Britannique, conformément aux présents motifs. Il suffira à M. Henry d’alléguer que le ministère public a contrevenu à son obligation constitutionnelle de communiquer les renseignements pertinents, et que l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait une réparation convenable et juste qui remplirait au moins l’une des fonctions que sont l’indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. M. Henry n’a pas à alléguer que le ministère public a contrevenu intentionnellement, ou avec malveillance, à son obligation constitutionnelle pour réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Selon les allégations de M. Henry, le refus de lui communiquer de nombreux éléments de preuve a donné lieu à des condamnations injustifiées et à 27 années d’incarcération. Si ces allégations sont prouvées, il est presque certain que des dommages-intérêts constitueront une réparation « convenable et juste » suivant le par. 24(1) de la *Charte*.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelant : Farris Vaughan Wills & Murphy, Vancouver; Ritchie Sandford, Vancouver; A. Cameron Ward & Company, Vancouver.

Procureur de l’intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique représentée par le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l’intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureur de l’intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Dewart Gleason, Toronto.

Solicitors for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the British Columbia Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake Cassels Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Stevensons, Toronto; Breese Davies Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Dewart Gleason, Toronto.

Procureurs des intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake Cassels Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Stevensons, Toronto; Breese Davies Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.