

**Susan Nelles** *Appellant*

v.

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

INDEXED AS: NELLES v. ONTARIO

File No.: 19598.

1988: February 29; 1989: August 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

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

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

**Susan Nelles** *Appelante*

c.

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

RÉPERTORIÉ: NELLES c. ONTARIO

<sup>b</sup> N° du greffe: 19598.

1988: 29 février; 1989: 14 août.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Cases Cited

By Lamer J.

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

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

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

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

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

#### Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

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

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

By McIntyre J.

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

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

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

#### Statutes and Regulations Cited

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

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

Citée par le juge McIntyre

**Arrêts mentionnés:** *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, [1899] 1 Q.B. 909; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021; *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579; *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), conf. (1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 87; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27; *Re Van Gelder's Patent* (1888), 6 R.P.C. 22; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Barrisove v. McDonald*, C.A.C.-B., n<sup>o</sup> 490/74, 1<sup>er</sup> novembre 1974.

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

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

#### Lois et règlements cités

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

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

#### Authors Cited

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Doctrine citée

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

### I. Different Approaches to Immunity

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

#### 1. Absolute Immunity—the Ontario Position

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

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

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

#### g I. Les différentes positions relatives à l’immunité

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

#### h 1. L’immunité absolue—la position ontarienne

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

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

## 2. Elsewhere in Canada—Absolute Immunity Questioned

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. Immunity in the United States

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

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

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

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

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

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

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

#### *b* 3. *L'immunité aux États-Unis*

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 1. Public Confidence

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

#### 2. Diversion from Duties

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

#### 3. Balancing of Evils

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

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

#### 4. Other Available Remedies

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

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

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

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

#### <sup>a</sup> 1. La confiance du public

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

#### 2. Le détournement des fonctions

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

#### <sup>d</sup> 3. Le choix entre deux maux

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

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

#### 4. Les autres recours possibles

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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