

**Matthew Miazga** *Appellant*

v.

**Estate of Dennis Kvello (by his personal representative, Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Kari Klassen, Richard Klassen, Pamela Sharpe, Estate of Marie Klassen (by her personal representative, Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen and Anita Janine Klassen** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec, Canadian Association of Crown Counsel, Association in Defence of the Wrongly Convicted, Criminal Lawyers Association (Ontario) and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: MIAZGA v. KVELLO ESTATE**

**Neutral citation: 2009 SCC 51.**

File No.: 32208.

2008: December 12; 2009: November 6.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN**

*Torts — Malicious prosecution — Crown prosecutors — Malice requirement — Absence of reasonable and probable cause to initiate prosecution — Provincial Crown attorney found liable for*

**Matthew Miazga** *Appelant*

c.

**Succession Dennis Kvello (représentée par Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Kari Klassen, Richard Klassen, Pamela Sharpe, Succession Marie Klassen (représentée par Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen et Anita Janine Klassen** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Association canadienne des juristes de l'État, Association in Defence of the Wrongly Convicted, Criminal Lawyers Association (Ontario) et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MIAZGA c. KVELLO (SUCCESSION)**

**Référence neutre : 2009 CSC 51.**

N° du greffe : 32208.

2008 : 12 décembre; 2009 : 6 novembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN**

*Responsabilité délictuelle — Poursuites abusives — Procureurs de la Couronne — Exigence de malveillance — Inexistence de motifs raisonnables et probables d'engager une poursuite — Procureur de la*

*malicious prosecution — Whether prosecutor's lack of subjective belief in existence of reasonable and probable cause to initiate prosecution sufficient to ground finding of malice — Whether malice element requires proof of improper purpose.*

Three children made allegations of sexual assault against their biological parents, their mother's boyfriend and the respondents, who were the children's foster parents and members of the foster parents' extended family. Charges were subsequently laid and M, a provincial Crown attorney, prosecuted the case against the parents and the mother's boyfriend. All three were convicted, and the convictions were upheld by the Court of Appeal. The Supreme Court of Canada overturned the convictions, but concluded that the evidence of the children was sufficient to order new trials against the parents. Meanwhile, taking under advisement the trial judge's comments urging that the children not be made to endure another criminal proceeding, M negotiated a plea bargain with one of the accused (who is not a respondent in this case). The charges against the respondents were stayed. Some years later, all three children recanted their allegations against the respondents. The respondents commenced a civil suit for malicious prosecution against a number of individuals involved in the proceedings against them, including M.

M was found liable. The trial judge held that there were no objectively reasonable grounds upon which M could have believed that the respondents were probably guilty of the offences alleged. He held that M could not have had a subjective belief in the existence of reasonable and probable cause because of the unbelievable nature of the children's allegations against the respondents. He concluded that the absence of reasonable and probable cause raised a presumption of malice which, in the circumstances of this case, was itself sufficient to ground a finding of malice. In the event he was wrong on this conclusion, the trial judge held that there were other "indications of malice" to support the conclusion that M's prosecution of the respondents was animated by an improper purpose. While the Court of Appeal was unanimous in rejecting virtually all of the trial judge's "indicators of malice", the majority nevertheless concluded that the trial judge's finding that M did not have a subjective belief in the probable guilt of the respondents was sufficient to support the conclusion that he was actuated by malice and dismissed the appeal.

*Held:* The appeal should be allowed and the action dismissed.

*Couronne d'une province tenu responsable de poursuites abusives — L'absence de croyance subjective du procureur à l'existence de motifs raisonnables et probables d'engager une poursuite suffit-elle à établir la malveillance? — L'intention malveillante exige-t-elle la preuve d'un but illégitime?*

Trois enfants ont formulé des allégations d'agression sexuelle contre leurs parents biologiques, l'ami de cœur de leur mère et les intimés, qui étaient leurs parents nourriciers ainsi que des membres de la famille élargie de ces derniers. Des accusations ont ensuite été portées. Procureur de la Couronne provinciale, M a poursuivi les parents et l'ami de cœur de la mère, qui tous trois ont été reconnus coupables des faits reprochés. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité. La Cour suprême du Canada les a infirmées, mais elle a conclu que le témoignage des enfants justifiait que les parents subissent de nouveaux procès. Dans l'intervalle, tenant compte de la recommandation du juge du procès que les enfants n'aient pas à prendre part à une nouvelle instance pénale, M a négocié l'inscription d'un plaidoyer avec l'un des accusés (qui n'est pas partie au présent pourvoi). Les accusations contre les intimés ont été abandonnées. Quelques années plus tard, les trois enfants sont revenus sur leurs allégations, et les intimés ont intenté une action au civil pour poursuites abusives contre un certain nombre de participants à l'instance engagée contre eux, dont M.

La responsabilité de M a été retenue. Le juge de première instance a conclu que nuls motifs objectivement raisonnables n'avaient pu justifier M de croire à la culpabilité probable des intimés pour les infractions alléguées. Il a estimé qu'en raison de l'in vraisemblance des allégations formulées par les enfants contre les intimés, M n'avait pu croire en son for intérieur à l'existence de motifs raisonnables et probables. Aussi, l'inexistence de tels motifs faisait naître une présomption de malveillance qui, dans les circonstances de l'espèce, permettait à elle seule de conclure à l'intention malveillante. Il a ajouté que s'il avait tort sur ce point, d'autres « indices de malveillance » appuyaient la conclusion que la poursuite de M contre les intimés avait été motivée par un but illégitime. Les juges de la Cour d'appel ont unanimement écarté presque tous les « indices de malveillance », mais ils ont néanmoins statué à la majorité que la conclusion du juge de première instance selon laquelle M n'avait pas cru subjectivement à la culpabilité probable des intimés suffisait pour étayer celle que la malveillance avait animé le procureur, et ils ont rejeté l'appel.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et l'action est rejetée.

To succeed in an action for malicious prosecution, a plaintiff must prove that the prosecution was: (1) initiated by the defendant; (2) terminated in favour of the plaintiff; (3) undertaken without reasonable and probable cause; and (4) motivated by malice or a primary purpose other than that of carrying the law into effect. Only the last two elements are at issue in this appeal. [3]

The third element of the tort requires a plaintiff to prove an absence of reasonable and probable cause for initiating the prosecution. It is well established that the reasonable and probable cause inquiry comprises both a subjective and an objective component, such that for grounds to exist, there must be actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances. However, principles established in suits between private parties cannot simply be transposed to cases involving Crown defendants without necessary modification. While the accuser's personal belief in the probable guilt of the accused may be an appropriate standard in a private suit, it is not a suitable definition of the subjective element of reasonable and probable cause in an action for malicious prosecution against Crown counsel. The reasonable and probable cause inquiry is not concerned with a prosecutor's personal views as to the accused's guilt, but with his or her professional assessment of the legal strength of the case. Given the burden of proof in a criminal trial, belief in "probable" guilt means that the prosecutor believes, based on the existing state of circumstances, that proof beyond a reasonable doubt could be made out in a court of law. The public interest is engaged in a public prosecution and the Crown attorney is duty-bound to act solely in the public interest in making the decision whether to initiate or continue a prosecution. This decision may not entirely accord with the individual prosecutor's personal views about a case, but Crown counsel must take care not to substitute his or her own views for that of the judge or the jury. Furthermore, where the action is taken against a Crown attorney, the inquiry into the prosecutor's subjective state of belief does not properly belong at the third stage of the test. In the context of a public prosecution, the third element necessarily turns on an objective assessment of the existence of sufficient cause. If the court concludes, on the basis of the circumstances known to the prosecutor at the relevant time, that reasonable and probable cause existed to commence or continue a criminal prosecution from an objective standpoint, the criminal process was properly employed, and the inquiry need go no further. If a judge determines that no objective grounds for the prosecution existed at the relevant time, the court

Pour obtenir gain de cause dans une action pour poursuites abusives, le demandeur doit établir que la poursuite criminelle (1) a été engagée par le défendeur, (2) qu'elle a débouché sur une décision favorable au demandeur, (3) qu'elle ne reposait pas sur des motifs raisonnables et probables et (4) qu'elle a été engagée dans une intention malveillante ou essentiellement à une autre fin que celle de l'application de la loi. Seuls les deux derniers éléments sont en litige dans le pourvoi. [3]

Le troisième élément constitutif du délit exige du demandeur qu'il prouve l'absence de motifs raisonnables et probables d'intenter la poursuite. Il est bien établi que la question de savoir si de tels motifs existent comporte un volet objectif et un volet subjectif, en sorte qu'il doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances. Cependant, les principes dégagés dans le cadre d'instances opposant des personnes privées ne peuvent pas simplement être appliqués aux instances auxquelles le ministère public est partie sans que les modifications qui s'imposent soient apportées. La croyance personnelle de l'accusateur à la culpabilité probable de l'accusé peut constituer une norme valable au civil, mais elle ne saurait correspondre à l'élément subjectif de l'existence de motifs raisonnables et probables dans une action pour poursuites abusives intentée contre un procureur de la Couronne. L'existence de motifs raisonnables et probables ne tient pas à l'opinion personnelle du poursuivant quant à la culpabilité de l'accusé, mais à son appréciation professionnelle du fondement juridique de la poursuite. Étant donné la norme de preuve applicable dans un procès criminel, pour le poursuivant, croire à la culpabilité « probable » signifie donc croire, au vu des circonstances existantes, que les faits reprochés pourraient être prouvés hors de tout doute raisonnable devant une cour de justice. La poursuite qu'intente le ministère public engage l'intérêt public et le procureur de la Couronne a le devoir d'agir dans ce seul intérêt lorsqu'il décide d'intenter ou de continuer une poursuite. Cette décision peut ne pas être en parfaite adéquation avec l'opinion personnelle de l'avocat de la Couronne, lequel doit se garder de substituer son avis à celui du juge ou du jury. Qui plus est, dans une action intentée contre un procureur de la Couronne, le degré de croyance subjective du poursuivant ne devrait pas relever du troisième volet du critère. Dans le cas d'une poursuite publique, la troisième étape de l'analyse s'entend donc forcément d'une appréciation objective de l'existence de motifs suffisants. Si, compte tenu des faits connus du poursuivant au moment considéré, le tribunal conclut qu'il existait objectivement des motifs raisonnables et probables d'engager ou de continuer une poursuite pénale, le recours au processus

must next inquire into the fourth element of the test for malicious prosecution. [58] [63] [69] [73] [75] [77]

Malice is a question of fact, requiring evidence that the prosecutor was impelled by an “improper purpose”. The malice element of the test will be made out when a court is satisfied, on a balance of probabilities, that the defendant Crown prosecutor commenced or continued the impugned prosecution with a purpose inconsistent with his or her role as a “minister of justice”. The plaintiff must demonstrate on the totality of the evidence that the prosecutor deliberately intended to subvert or abuse the office of the Attorney General or the process of criminal justice such that he or she exceeded the boundaries of the office of the Attorney General. The need to consider the “totality of all the circumstances” does not mean that the court is to embark on a second-guessing of every decision made by the prosecutor during the course of the criminal proceedings. It simply means that a court shall review all evidence related to the prosecutor’s state of mind, including any evidence of lack of belief in the existence of reasonable and probable cause, in deciding whether the prosecution was in fact fuelled by an improper purpose. While the absence of a subjective belief in reasonable and probable cause is relevant to the malice inquiry, it does not equate with malice and does not dispense with the requirement of proof of an improper purpose. By requiring proof of an improper purpose, the malice element ensures that liability will not be imposed in cases where a prosecutor proceeds, absent reasonable and probable grounds, by reason of incompetence, inexperience, honest mistake, negligence or even gross negligence. [78] [80-81] [85] [89]

In this case, there is no evidence to support a finding of malice. The trial judge’s “indicators of malice” find no support in law or on the record. Moreover, the approach adopted at trial in the review of M’s conduct of the prosecution exemplifies the very kind of second-guessing of prosecutorial discretion that should be avoided. The trial judge’s basis for concluding that M did not have the requisite subjective belief amounts to a palpable and overriding error and, as such, is not entitled to deference. M testified that, while he did not believe some aspects of the allegations, he believed the children. The trial judge did not reject this testimony but faulted M for failing to state that he believed in the respondents’ “probable guilt”. However, even if he had so testified, his testimony would have been rejected because, in the trial judge’s view, the children’s allegations could not possibly give rise to a reasonable belief

criminel était légitime, et l’examen prend fin. Le tribunal qui conclut à l’inexistence objective de tels motifs à l’époque pertinente doit ensuite examiner le quatrième volet du critère applicable aux poursuites abusives, celui de l’intention malveillante. [58] [63] [69] [73] [75] [77]

La malveillance est une question de fait exigeant la preuve que le poursuivant était motivé par un « but illégitime ». Le volet malveillance du critère applicable est respecté lorsque le tribunal conclut, suivant la prépondérance des probabilités, que le procureur de la Couronne défendeur a engagé ou continué la poursuite en cause dans un but incompatible avec son rôle de « représentant de la justice ». Le demandeur doit démontrer, au vu de l’ensemble de la preuve, que le poursuivant avait l’intention délibérée d’abuser des pouvoirs du procureur général ou de dénaturer le processus de justice criminelle, outrepassant ainsi les limites de la charge de procureur général. L’obligation du tribunal d’apprécier « l’ensemble des circonstances » ne signifie pas qu’il doit mettre en doute chacune des décisions du poursuivant prises au cours de l’instance criminelle. Il doit simplement examiner tous les éléments de preuve touchant à l’état d’esprit du poursuivant, dont toute preuve d’absence de croyance à l’existence de motifs raisonnables et probables, pour déterminer si la poursuite était en fait motivée par un but illégitime. Bien que l’absence de croyance subjective à l’existence de motifs raisonnables et probables puisse jouer pour déterminer s’il y a eu malveillance, elle ne l’établit pas et elle ne supprime pas l’obligation de prouver le but illégitime. L’exigence d’un but illégitime pour qu’il y ait malveillance écarte la responsabilité civile du poursuivant qui engage une poursuite sans motifs raisonnables et probables à cause de son incompétence, de son inexpérience, d’une erreur de bonne foi, de sa négligence ou même de sa négligence grave. [78] [80-81] [85] [89]

Dans la présente affaire, la preuve ne permet pas de conclure à l’intention malveillante. Les « indices de malveillance » relevés par le juge de première instance n’ont de fondement ni en droit ni au vu du dossier. En outre, la démarche du juge à l’égard des actes accomplis par M dans le cadre de la poursuite équivaut bel et bien à mettre en doute rétrospectivement l’exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant en la matière, ce dont il faut se garder. La conclusion du juge de première instance selon laquelle M n’avait pas la croyance subjective requise équivaut à une erreur manifeste et dominante, de sorte qu’elle ne justifie aucune déférence. M a témoigné qu’il n’avait pas ajouté foi à certains aspects des allégations, mais qu’il avait cru les enfants. Le juge de première instance n’a pas écarté ce témoignage, mais il a reproché à M de ne pas avoir dit qu’il croyait à la « culpabilité probable » des intimés. Toutefois, même si

in probable guilt. That conclusion is not supported by the evidence. Several judges at both the trial and appellate levels in the criminal proceedings accepted and relied upon the same allegations by the children in convicting their biological parents. In the circumstances of this case, reliance on the findings of courts in antecedent proceedings does not amount to improper “bootstrapping”, but simply belies the trial judge’s assertion that no one could possibly have believed the children. [91] [94] [96]

The Court of Appeal erred in upholding the trial judge’s finding that M was liable for malicious prosecution. The court was unanimous in overturning virtually all of the facts relied upon by the trial judge as indicative of malice on the part of M. Nevertheless, the majority relied on the “totality of all the circumstances” requirement to forgo the need for evidence beyond absence of reasonable and probable cause to prove that M was in fact actuated by an improper purpose. The majority erred by concluding that M’s lack of subjective belief in the existence of grounds was sufficient to ground a finding of malice without identifying any improper purpose. Neither the plaintiffs nor the courts below have pointed to any improper purpose that impelled M to prosecute the respondents. [92] [100-101]

### Cases Cited

**Referred to:** *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, rev’d [1996] 2 S.C.R. 291; *Heath v. Heape* (1856), 1 H. & N. 478, 156 E.R. 1289; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, aff’d [1881-5] All E.R. Rep. 187; *Abrath v. North Eastern Railway Co.* (1886), 11 App. Cas. 247; *Joint v. Thompson* (1867), 26 U.C.Q.B. 519; *Prentiss v. Anderson Logging Co.* (1911), 16 B.C.R. 289; *Jewhurst v. United Cigar Stores Ltd.* (1919), 49 D.L.R. 649; *Gabler v. Cymbaliski* (1922), 15 Sask. L.R. 457; *Love v. Denny* (1929), 64 O.L.R. 290; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Danby v. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603; *Ramsay v. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth v. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL); *Hunt v. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL); *Ferri v. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th)

M l’avait précisé, son témoignage n’aurait pas été retenu, car le juge estimait que les allégations des enfants ne pouvaient faire naître une croyance raisonnable à la culpabilité probable des intimés. Cette conclusion n’est pas étayée par la preuve. Plusieurs juges de première instance et d’appel avaient conclu à la culpabilité des parents biologiques à partir des mêmes allégations des enfants. Dans les circonstances de l’espèce, ce n’est pas recourir à une assise indue que d’invoquer les conclusions de tribunaux tirées dans des instances antérieures; ces conclusions démentent simplement l’affirmation du juge de première instance que nul n’aurait pu croire les enfants. [91] [94] [96]

La Cour d’appel a eu tort de confirmer la décision de première instance tenant M responsable de poursuites abusives. Elle a écarté unanimement presque tous les faits qui, selon le juge de première instance, constituaient des indices de la malveillance de M. S’appuyant sur l’obligation de tenir compte de « l’ensemble des circonstances », les juges majoritaires ont néanmoins fait abstraction de la nécessité d’une autre preuve que la seule absence de motifs raisonnables et probables pour établir que M avait en fait été mû par un but illégitime. Ils ont eu tort de conclure que l’absence de croyance subjective de M à l’existence de motifs raisonnables et probables pouvait établir l’intention malveillante sans qu’il soit nécessaire de relever un but illégitime. Ni les demandeurs ni les juridictions inférieures n’ont relevé quelque but illégitime qui aurait incité M à poursuivre les intimés. [92] [100-101]

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, inf. par [1996] 2 R.C.S. 291; *Heath c. Heape* (1856), 1 H. & N. 478, 156 E.R. 1289; *Hicks c. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, conf. par [1881-5] All E.R. Rep. 187; *Abrath c. North Eastern Railway Co.* (1886), 11 App. Cas. 247; *Joint c. Thompson* (1867), 26 U.C.Q.B. 519; *Prentiss c. Anderson Logging Co.* (1911), 16 B.C.R. 289; *Jewhurst c. United Cigar Stores Ltd.* (1919), 49 D.L.R. 649; *Gabler c. Cymbaliski* (1922), 15 Sask. L.R. 457; *Love c. Denny* (1929), 64 O.L.R. 290; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Danby c. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603; *Ramsay c. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth c. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL); *Hunt c. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL); *Ferri c. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th)

643; *Wilson v. Toronto (Metropolitan) Police Service*, [2001] O.J. No. 2434 (QL); *Gliniski v. McIver*, [1962] 1 All E.R. 696; *A v. State of New South Wales*, [2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693; *Marley v. Mitchell* (1988), [2006] N.Z.A.R. 181; *Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche* (1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5.  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 108(10).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.  
*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 3.  
*Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 3(5).  
*Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1978, c. P-27, s. 5.

#### Authors Cited

Archibald, Todd L. "The Widening Net of Liability for Police and Public Officials in the Investigation of Crimes", in Todd L. Archibald and Michael Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2001*. Toronto: Carswell, 2002, 1.  
 Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 19th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.  
 Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.  
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.  
 Pearson, John. "Proulx and Reasonable and Probable Cause to Prosecute" (2002), 46 C.R. (5th) 156.  
 Sopinka, John. "Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: *Nelles v. Ontario: R. v. Jedyneck: R. v. Simpson*" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 366.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Vancise, Sherstobitoff and Lane JJ.A.), 2007 SKCA 57, 293 Sask. R. 187, 397 W.A.C. 187, 282 D.L.R. (4th) 1, [2007] 7 W.W.R. 577, 49 C.C.L.T. (3d) 194, [2007] S.J. No. 247 (QL), 2007 CarswellSask 237, upholding the judgment of Baynton J., 2003 SKQB 559, 244 Sask. R. 1, 234 D.L.R. (4th) 612, [2004] 9 W.W.R. 647, [2003] S.J. No. 830 (QL), 2003 CarswellSask 898. Appeal allowed.

*Michael D. Tochor, Q.C.*, and *Gregory Fingas*, for the appellant.

643; *Wilson c. Toronto (Metropolitan) Police Service*, [2001] O.J. No. 2434 (QL); *Gliniski c. McIver*, [1962] 1 All E.R. 696; *A c. State of New South Wales*, [2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693; *Marley c. Mitchell* (1988), [2006] N.Z.A.R. 181; *Al's Steak House & Tavern Inc. c. Deloitte & Touche* (1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.  
*Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, art. 3(5).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 3.  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 108(10).  
*Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1978, ch. P-27, art. 5.

#### Doctrine citée

Archibald, Todd L. « The Widening Net of Liability for Police and Public Officials in the Investigation of Crimes », in Todd L. Archibald and Michael Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2001*. Toronto : Carswell, 2002, 1.  
 Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 19th ed. London : Sweet & Maxwell, 2006.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney : LBC Information Services, 1998.  
 Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto : The Committee, 1993.  
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2007.  
 Pearson, John. « Proulx and Reasonable and Probable Cause to Prosecute » (2002), 46 C.R. (5th) 156.  
 Sopinka, John. « Malicious Prosecution : Invasion of Charter Interests : Remedies : *Nelles v. Ontario : R. v. Jedyneck : R. v. Simpson* » (1995), 74 *R. du B. can.* 366.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Vancise, Sherstobitoff et Lane), 2007 SKCA 57, 293 Sask. R. 187, 397 W.A.C. 187, 282 D.L.R. (4th) 1, [2007] 7 W.W.R. 577, 49 C.C.L.T. (3d) 194, [2007] S.J. No. 247 (QL), 2007 CarswellSask 237, qui a confirmé une décision du juge Baynton, 2003 SKQB 559, 244 Sask. R. 1, 234 D.L.R. (4th) 612, [2004] 9 W.W.R. 647, [2003] S.J. No. 830 (QL), 2003 CarswellSask 898. Pourvoi accueilli.

*Michael D. Tochor, c.r.*, et *Gregory Fingas*, pour l'appellant.

*Edward Holgate*, for the respondents Estate of Dennis Kvello (by his personal representative, Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Pamela Sharpe, Estate of Marie Klassen (by her personal representative, Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen and Anita Janine Klassen.

*Richard Klassen*, on his own behalf and on behalf of the respondent Kari Klassen.

Written submissions only by *Robert Frater* and *Christopher Mainella*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Written submissions only by *Michele Smith*, *Michael Fleishman* and *Jeremy Glick*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Sophie Cliche*, *Lizann Demers* and *Rachel Boivin*, for the interveners the Attorney General of Quebec and the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec.

*James A. Gumpert, Q.C.*, and *Mark Scott*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*John J. Walsh, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Eugene B. Szach*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Joyce DeWitt-Van Oosten* and *Tara Callan*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Jerome A. Tholl*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Written submissions only by *Goran Tomljanovic, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Paul J. J. Cavalluzzo* and *Stephen J. Moreau*, for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel.

*Edward Holgate*, pour les intimés Succession Dennis Kvello (représentée par Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Pamela Sharpe, Succession Marie Klassen (représentée par Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen et Anita Janine Klassen.

*Richard Klassen*, pour son propre compte et pour le compte de l'intimée Kari Klassen.

Argumentation écrite seulement par *Robert Frater* et *Christopher Mainella*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Michele Smith*, *Michael Fleishman* et *Jeremy Glick*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Sophie Cliche*, *Lizann Demers* et *Rachel Boivin*, pour les intervenants le procureur général du Québec et le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

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

*John J. Walsh, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Eugene B. Szach*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Joyce DeWitt-Van Oosten* et *Tara Callan*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Jerome A. Tholl*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par *Goran Tomljanovic, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Paul J. J. Cavalluzzo* et *Stephen J. Moreau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État.

*Louis Sokolov and Colleen Bauman*, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

*Sean Dewart*, for the intervener the Criminal Lawyers Association (Ontario).

*Bradley E. Berg, Allison A. Thornton and Shashu M. Clacken*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

### 1. Overview

[1] The respondents were charged with about 70 counts of sexual assault against children in their care. The charges were ultimately resolved in their favour when, following their committal but before trial, the appellant, Crown Attorney Miazga, entered a stay of proceedings. The child complainants, upon whose testimony the prosecution was based, subsequently recanted their allegations. The respondents then commenced this action for malicious prosecution.

[2] There is no question that the respondents were the victims of a clear miscarriage of justice which undoubtedly had a devastating effect on their lives. Especially in the absence of an acquittal, it is often difficult for people wrongly accused of such crimes to fully regain their positions in society and free themselves from the stigma and trauma of those false allegations. The fact that we now know that the children's allegations of sexual abuse were false, however, does not provide the answer to whether the respondents' action in malicious prosecution against the Crown prosecutor can succeed.

[3] To succeed in an action for malicious prosecution, a plaintiff must prove that the prosecution was: (1) initiated by the defendant; (2) terminated in favour of the plaintiff; (3) undertaken without reasonable and probable cause; and (4) motivated

*Louis Sokolov et Colleen Bauman*, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

*Sean Dewart*, pour l'intervenante Criminal Lawyers Association (Ontario).

*Bradley E. Berg, Allison A. Thornton et Shashu M. Clacken*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Vue d'ensemble

[1] Les intimés ont fait l'objet d'environ 70 chefs d'accusation d'agression sexuelle d'enfants dont ils avaient la charge. Le dénouement de l'affaire leur a été favorable, car après la citation à leur procès, mais avant le début de celui-ci, l'avocat de la Couronne, M. Miazga, appelant en l'espèce, a demandé l'arrêt des procédures. Les enfants plaignants, dont le témoignage constituait le fondement de la poursuite, sont subséquemment revenus sur leurs allégations. Les intimés ont ensuite intenté l'action pour poursuites abusives qui est à l'origine du présent pourvoi.

[2] Nul ne conteste que les intimés ont été victimes d'une erreur judiciaire manifeste qui a assurément eu des conséquences terribles sur leur vie. Il est souvent difficile aux personnes accusées à tort de tels crimes de réintégrer pleinement la société et d'échapper à la stigmatisation et au traumatisme découlant de ces fausses accusations, surtout lorsqu'il n'y a pas eu d'acquiescement. Pour autant, même s'il est désormais établi que les enfants ont fausement prétendu avoir été agressés sexuellement, il reste à déterminer si l'action pour poursuites abusives intentée par les intimés peut être accueillie.

[3] Pour obtenir gain de cause dans une telle action, le demandeur doit établir que la poursuite criminelle (1) a été engagée par le défendeur, (2) qu'elle a débouché sur une décision favorable au demandeur, (3) qu'elle ne reposait sur aucun motif



by malice or a primary purpose other than that of carrying the law into effect.

[4] The four-part test for malicious prosecution is of long standing in the common law. It evolved in the 18th and 19th centuries at a time when prosecutions were conducted by private litigants and the Crown was wholly immune from civil liability. In *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, this Court held that the Attorney General and Crown prosecutors no longer enjoy absolute immunity from a suit for malicious prosecution and set out the requisite standard for Crown liability under the pre-existing four-part test. The present appeal asks the Court to provide further guidance on the absence of reasonable and probable cause and malice requirements, in light of the unique role played by Crown prosecutors in our modern system of public prosecutions.

[5] That Crown attorneys may be held liable in private law does not mean that well-established public law principles relating to Crown independence and prosecutorial discretion can be ignored in a civil action for malicious prosecution. The stringent threshold for Crown liability established by this Court in *Nelles*, and reiterated in *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9, made that clear, and the principles at play bear repeating here.

[6] 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: *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at paras. 32 and 46. The principle of Crown independence means that decisions taken by a Crown attorney pursuant to his or her

raisonnable et probable et (4) qu’elle a été engagée dans une intention malveillante ou essentiellement à une autre fin que celle de l’application de la loi.

[4] Ce critère à quatre volets existe depuis longtemps en common law. Il s’est développé aux 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles, à une époque où les poursuites criminelles étaient engagées par des personnes privées et où l’État jouissait d’une immunité totale contre la responsabilité civile. Dans l’arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, notre Cour a statué que l’immunité absolue du procureur général et du ministère public contre les actions pour poursuites abusives était chose du passé, et elle a défini la norme applicable à la responsabilité du ministère public en fonction du critère à quatre volets déjà existant. Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à préciser les exigences que sont l’absence de motifs raisonnables et probables et l’intention malveillante, compte tenu du rôle unique que joue le procureur de la Couronne dans notre régime moderne de poursuites pénales publiques.

[5] Même si le procureur de la Couronne peut engager sa responsabilité en droit privé, dans une action civile pour poursuites abusives, on ne peut faire abstraction des principes de droit public reconnus que sont l’indépendance du ministère public et son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites pénales. La norme stricte établie par notre Cour en matière de responsabilité de la Couronne dans l’arrêt *Nelles* et confirmée dans l’arrêt *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9, l’indique clairement, et les principes en jeu méritent d’être rappelés.

[6] 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 : *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 32 et 46. Ce principe fait en sorte que les décisions prises

prosecutorial discretion are generally immune from judicial review under principles of public law, subject only to the strict application of the doctrine of abuse of process.

[7] Just as immunity from judicial review is subject to the doctrine of abuse of process in public law, the Attorney General and Crown attorneys do not enjoy absolute immunity from a suit for malicious prosecution in private law. A person accused of a criminal offence enjoys a private right of action when a prosecutor acts maliciously in fraud of his or her prosecutorial duties with the result that the accused suffers damage. However, the civil tort of malicious prosecution is not an after-the-fact judicial review of a Crown's exercise of prosecutorial discretion. Under the strict standard established in *Nelles*, malicious prosecution will only be made out where there is proof that the prosecutor's conduct was fuelled by "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" (*Nelles*, at p. 199). In other words, it is only when a Crown prosecutor *steps out of his or her role* as "minister of justice" that immunity is no longer justified.

[8] The high threshold for Crown liability was reiterated in *Proulx*, where the Court stressed that malice in the form of improper purpose is the key to proving malicious prosecution. In the context of a case against a Crown prosecutor, malice does not include recklessness, gross negligence or poor judgment. It is only where the conduct of the prosecutor constitutes an "abuse of prosecutorial power", or the perpetuation of a "fraud on the process of criminal justice" that malice can be said to exist (paras. 44-45). Having regard to the defendant prosecutor's mixed motives, the Court was satisfied that *Proulx* was one of those "highly exceptional" cases in which Crown immunity for prosecutorial misconduct should be lifted, and the defendant found liable for malicious prosecution.

par un procureur de la Couronne dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites échappent généralement au contrôle judiciaire, suivant les principes du droit public, sous la seule réserve de l'application stricte de la règle de l'abus de procédure.

[7] De même qu'en droit public, l'immunité contre le contrôle judiciaire disparaît en cas d'abus de procédure, en droit privé, l'immunité du procureur général et du ministère public contre les actions pour poursuites abusives n'est pas absolue. Lorsqu'un procureur de la Couronne agit avec malveillance au mépris des obligations découlant de sa charge, l'accusé qui en subit un préjudice dispose d'un recours au civil. Cependant, le délit civil de poursuites abusives ne donne pas lieu à un contrôle judiciaire rétrospectif de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Suivant la norme stricte formulée dans l'arrêt *Nelles*, il n'y a poursuite abusive que lorsque le poursuivant était animé par « un but ou [un] motif illégitime, motif qui constitue un abus ou une perversion du système de justice criminelle à des fins auxquelles il n'est pas destiné » (*Nelles*, p. 199). Autrement dit, ce n'est que lorsque le procureur de la Couronne *sort de son rôle* de « représentant de la justice » que l'immunité est levée.

[8] Dans l'arrêt *Proulx*, notre Cour a confirmé le caractère strict de la norme applicable à la responsabilité du ministère public et souligné que l'élément de la malveillance sous forme de but illégitime est la clé pour prouver le caractère abusif des poursuites. Dans le contexte d'un recours exercé contre un procureur de la Couronne, la malveillance ne s'entend pas de l'insouciance, de la négligence grave ou du manque de discernement. C'est seulement lorsque la conduite du poursuivant équivaut à un « usage illégitime du pouvoir de poursuivre » ou à une « fraude dans le processus de justice criminelle » qu'on peut conclure à la malveillance (par. 44-45). Dans l'arrêt *Proulx*, étant donné les motifs en partie irréguliers du poursuivant, notre Cour a conclu qu'il s'agissait d'un des cas « très exceptionnels » où il y avait lieu de lever l'immunité du ministère public et de conclure au caractère abusif des poursuites.

[9] The trial judge in this case held that there were no objectively reasonable grounds upon which Miazga could have believed that the respondents were probably guilty of the offences alleged against them. He held that Miazga could not have had a subjective belief in the existence of reasonable and probable cause because of the unbelievable nature of the children's allegations against the respondents. He concluded that the absence of reasonable and probable cause raised a presumption of malice which, in the circumstances of this case, was itself sufficient to ground a finding of malice. In the event he was wrong on this conclusion, the trial judge held that there were other "indications of malice" to support the conclusion that Miazga's prosecution of the respondents was animated by an improper purpose. He therefore found Miazga liable for malicious prosecution (2003 SKQB 559, 244 Sask. R. 1).

[10] The Saskatchewan Court of Appeal was unanimously of the view that the trial judge's "indications of malice" were based on erroneous assumptions, errors in law, or were unsupported by the evidence. However, Sherstobitoff J.A., Lane J.A. concurring, dismissed the appeal on the basis that the trial judge's finding that Miazga did not have a subjective belief in the probable guilt of the respondents was sufficient to support the conclusion that he was actuated by malice (2007 SKCA 57, 293 Sask. R. 187).

[11] Vancise J.A. disagreed with the majority's conclusion. In his view, the absence of reasonable and probable grounds alone could not constitute malice. In order to be malicious, a prosecution must be fuelled by an improper purpose, and no such improper purpose was identified in the pleadings or at trial; nor was an improper purpose found by the trial judge. Vancise J.A. concluded that there existed no evidence indicative of an intentional effort by Miazga to abuse or distort the Crown attorney's proper role within the criminal justice system. In addition, he concluded that the trial judge's finding that Miazga did not believe there were reasonable and probable grounds to initiate and continue the prosecution was based on a palpable and overriding error. Vancise J.A.

[9] Le juge de première instance a conclu à l'inexistence de motifs objectivement raisonnables ayant pu permettre à M. Miazga de croire que les intimés étaient probablement coupables des infractions alléguées. Il a estimé qu'en raison de l'in vraisemblance des allégations des enfants, M. Miazga n'avait pu croire subjectivement à l'existence de motifs raisonnables et probables. Selon lui, l'absence de motifs raisonnables et probables faisait naître une présomption qui, dans les circonstances de l'espèce, suffisait à établir la malveillance. Il a ajouté que s'il était dans l'erreur sur ce point, d'autres [TRADUCTION] « indices de malveillance » fondaient la conclusion qu'un but illégitime avait incité M. Miazga à traduire les intimés en justice. Il a donc tenu ce dernier responsable de poursuites abusives (2003 SKQB 559, 244 Sask. R. 1).

[10] La Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu à l'unanimité que les [TRADUCTION] « indices de malveillance » retenus par le juge de première instance procédaient de postulats erronés ou d'erreurs de droit ou n'étaient pas étayés par la preuve. L'appel a cependant été rejeté, le juge Sherstobitoff, avec l'appui du juge Lane, estimant que la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Miazga n'avait pas subjectivement cru à la culpabilité probable des intimés suffisait à fonder celle qu'il y avait eu malveillance de sa part (2007 SKCA 57, 293 Sask. R. 187).

[11] Le juge Vancise s'est dissocié de la conclusion des juges majoritaires. Selon lui, l'absence de motifs raisonnables et probables ne pouvait à elle seule constituer de la malveillance. Pour qu'une poursuite soit jugée abusive, elle devait être motivée par un but illégitime. Or, l'existence d'un tel but n'avait été alléguée ni dans les actes de procédure ni au procès, et le juge de première instance n'en avait relevé aucun. De l'avis du juge Vancise, la preuve n'établissait pas que M. Miazga s'était délibérément employé à abuser de sa fonction de procureur de la Couronne dans le système de justice pénale ou à la dénaturer. En outre, la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Miazga ne croyait pas à l'existence de motifs raisonnables et probables d'engager ou de continuer

would have allowed the appeal and dismissed the action.

[12] I agree with Vancise J.A. that the trial judge's finding of liability is not supported by law or the evidence in this case. In particular, it is my view that there is no evidence to support a finding of malice or improper purpose. In light of the respondents' failure to prove malice, it is not necessary to determine whether there was a lack of reasonable and probable grounds to proceed at the time Miazga initiated the prosecution more than 18 years ago. Given that the children's allegations are now known to have been false, no useful purpose would be served by revisiting "the facts" as they appeared at that time.

[13] I would therefore allow the appeal and dismiss the action.

## 2. Facts

### 2.1 *The Allegations*

[14] In the spring of 1991, Miazga, a Crown prosecutor in Saskatchewan with 12 years' experience, was contacted by police officer Cpl. Brian Dueck about an ongoing sexual assault investigation. The case revolved around disclosures of sexual abuse made by three children, the R. siblings, against their foster parents, Anita and Dale Klassen, and members of the Klassens' extended family, who are the respondents in this appeal. The R. siblings also made allegations of abuse against their biological parents, R. and R. ("R. parents"), and their mother's boyfriend, D.W., who are not parties in the present appeal.

[15] The R. children told police that their alleged abusers had committed upon them, and had forced them to commit, various sexual acts. The allegations against each of the respondents by each of the R. children were virtually identical in nature. The children also detailed bizarre events including the mutilation and ritualistic killing of animals, dismemberment of babies and drinking of human

la poursuite reposait sur une erreur manifeste et dominante. Il était donc d'avis d'accueillir l'appel et de rejeter l'action.

[12] Je conviens avec le juge Vancise que la conclusion de responsabilité tirée en première instance n'est ni fondée en droit ni étayée par la preuve. Plus particulièrement, la preuve ne permet pas de conclure à l'intention malveillante ou à l'illicéité de la fin poursuivie. Les intimés n'ayant pas prouvé la malveillance, il n'est pas nécessaire de statuer sur l'existence de motifs raisonnables et probables d'engager les poursuites il y a plus de 18 ans. Puisqu'on sait maintenant que les allégations des enfants étaient fausses, il ne servirait à rien de réexaminer « les faits » tels qu'ils se présentaient alors.

[13] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action.

## 2. Les faits

### 2.1 *Les allégations*

[14] Au printemps 1991, dans le cadre d'une enquête en cours sur des agressions sexuelles, l'agent de police Brian Dueck a communiqué avec M. Miazga, alors procureur de la Couronne de la Saskatchewan et comptant 12 années d'expérience. Trois enfants d'une même famille, les enfants R., prétendaient avoir été agressés sexuellement par leurs parents nourriciers, Anita et Dale Klassen, ainsi que par des membres de la famille élargie de ces derniers, les intimés en l'espèce. Les enfants R. ont formulé des allégations au même effet à l'égard de leurs parents biologiques, R. et R. (les « parents R. »), et de l'ami de cœur de leur mère, D.W., qui ne sont pas parties au présent pourvoi.

[15] Les enfants R. ont déclaré à la police que leurs supposés agresseurs s'étaient livrés à des actes sexuels sur eux et les avaient obligés à se livrer à divers actes sexuels. Les allégations de chacun des enfants à l'égard de chacun des intimés étaient essentiellement identiques. Les enfants ont également décrit des incidents bizarres, dont la mutilation et le sacrifice rituel d'animaux, le démembrement

blood. The respondents in this case were not implicated in the ritualistic allegations, which were made only in respect of the R. children's biological parents and D.W.

[16] Dueck asked Miazga for his opinion as to whether charges should be laid. Miazga reviewed the allegations and Dueck's file and ultimately advised that if he believed the R. children's allegations, Dueck should proceed with the laying of charges.

[17] By way of context, it is notable that the case against the respondents arose in the wake of the January 1988 amendments to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, which eliminated the requirement for corroboration of unsworn evidence of children in order to obtain a conviction. There was also a prevailing and pervasive doctrine, now debunked but popular among child psychologists at the time, that "children don't lie" about abuse. As a result, many cases of past child abuse were coming to light in Canada, and some were given wide publicity.

[18] On July 6, 1991, Dueck swore an Information charging each of the respondents with one count of sexual assault against each of the three R. children. The respondents were arrested five days later and remanded in custody for six days. At their first court appearance on July 18, 1991, Miazga appeared for the Crown and consented to the release of all of the respondents.

[19] Also on July 6, 1991, Dueck swore an Information against the R. parents and D.W., charging them each with multiple counts of either sexual assault or gross indecency against the R. children.

## 2.2 *The Preliminary Hearings*

[20] The preliminary inquiry in the R. parents and D.W. case commenced on November 21, 1991.

de bébés et la consommation de sang humain, mais ces allégations ne visaient pas les intimés, seulement leurs parents biologiques et D.W.

[16] L'agent Dueck a demandé l'avis de M. Miazga quant à savoir s'il y avait lieu de porter des accusations. Après avoir pris connaissance des allégations et du dossier d'enquête, l'avocat lui a conseillé de déposer des accusations s'il ajoutait foi aux allégations des enfants R.

[17] Pour situer l'affaire dans son contexte, il importe de signaler qu'elle a pris naissance peu après la suppression, en janvier 1988, dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et dans la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, de l'exigence d'une corroboration pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité sur la foi du témoignage d'un enfant non assermenté. De plus, une idée très répandue, désormais réfutée, mais qui avait alors la faveur des psychologues pour enfants, voulait que « les enfants qui se disent victimes d'agressions sexuelles ne mentent pas ». De nombreux cas de sévices antérieurs infligés à des enfants étaient donc mis au jour au Canada, parfois avec grand retentissement.

[18] Le 6 juillet 1991, dans sa dénonciation sous serment, l'agent Dueck a accusé chacun des intimés d'avoir commis une agression sexuelle contre chacun des trois enfants R. Les intimés ont été arrêtés cinq jours plus tard et placés en détention pendant six jours. Lors de leur première comparution le 18 juillet 1991, M. Miazga représentait le ministre public et il a consenti à leur mise en liberté.

[19] Dans une autre dénonciation sous serment également datée du 6 juillet 1991, l'agent Dueck a accusé les parents R. et D.W., lesquels faisaient chacun l'objet de multiples chefs d'accusation d'agression sexuelle des enfants R. ou de grossière indécence à leur égard.

## 2.2 *L'enquête préliminaire*

[20] L'enquête préliminaire des parents R. et de D.W. s'est ouverte le 21 novembre 1991. Sur le

On the basis of the R. children's evidence, all three accused were committed for trial on all charges against them.

[21] It became apparent in the course of the preliminary inquiry that one of the R. children had lied to the court about keeping notes of the alleged abuse. At the conclusion of the preliminary inquiry, Miazga noted on the record that, in light of the frailties he perceived in the children's evidence, particularly in respect of their credibility, he was grappling with whether to proceed with the preliminary inquiry regarding the charges against the respondents.

[22] Miazga consulted with his superiors at Prosecutions Head Office, and was instructed to continue with the prosecution if he believed the essential aspects of the children's stories.

[23] The preliminary hearing in the case against the respondents commenced on December 2, 1991, with Miazga as co-counsel. All of the respondents were committed for trial based on the allegations of the R. siblings.

### 2.3 *The Stay of Proceedings*

[24] Miazga prosecuted the case against the R. parents and D.W. The R. children gave testimony and the judge convicted the three accused on several counts of sexual assault on December 18, 1992. In her reasons for judgment, the trial judge urged that the children not be made to endure another criminal proceeding.

[25] Taking the judge's comments under advisement, and based on his own view that the children's credibility was becoming increasingly uncertain, Miazga twice met with his Head Office to discuss the possibility of a plea bargain. He negotiated a plea bargain in which one of the accused, Peter Klassen Sr. (father of the respondent, Peter Dale Klassen), who is not a respondent in the present appeal, pled guilty to four charges of sexual assault. The charges against the respondents were stayed on February 10, 1993.

fondement des témoignages des enfants R., tous trois ont été cités à procès pour toutes les accusations portées contre eux.

[21] Il est devenu évident au fil de l'enquête préliminaire que l'un des enfants R. avait menti à la cour au sujet de la prise de notes sur les sévices allégués. À la fin de l'enquête préliminaire, M. Miazga a signalé à la cour que les faiblesses des témoignages des enfants, particulièrement sous l'angle de la crédibilité, lui faisaient se demander s'il convenait de mener à terme l'enquête préliminaire des intimés.

[22] Monsieur Miazga a consulté ses supérieurs de la Direction des poursuites pénales, qui lui ont dit de maintenir le cap s'il ajoutait foi pour l'essentiel aux allégations des enfants.

[23] L'enquête préliminaire des intimés a commencé le 2 décembre 1991. Monsieur Miazga était l'un des avocats représentant la Couronne. Tous les intimés ont été cités à procès sur le fondement des allégations des enfants R.

### 2.3 *L'arrêt des procédures*

[24] Monsieur Miazga était le procureur de la Couronne au procès des parents R. et de D.W. Les enfants R. ont témoigné et, le 18 décembre 1992, les trois accusés ont été déclarés coupables de plusieurs chefs d'agression sexuelle. Dans ses motifs, la juge du procès a instamment recommandé que les enfants n'aient pas à participer à une autre instance criminelle.

[25] Au vu de cette mise en garde de la juge et de ses propres doutes concernant la crédibilité des enfants, M. Miazga a rencontré deux fois ses supérieurs de la Direction des poursuites pénales pour discuter de la possibilité de négocier des plaidoyers. À l'issue de la démarche entreprise en ce sens, l'un des accusés, qui n'est pas intimé en l'espèce, Peter Klassen père (le père de l'intimé Peter Dale Klassen), a reconnu sa culpabilité à l'égard de quatre accusations d'agression sexuelle. L'arrêt des procédures a été ordonné le 10 février 1993 vis-à-vis des intimés.

[26] The convictions entered at trial against the R. parents and D.W. were upheld by a majority of the Saskatchewan Court of Appeal, *R. v. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353. This Court overturned those convictions, [1996] 2 S.C.R. 291; however, the majority of the Court concluded that the evidence of the R. siblings was sufficient to order new trials for two of the defendants.

#### 2.4 *The Malicious Prosecution Suit*

[27] Some years following the stay of proceedings, all three R. children recanted their allegations against the respondents.

[28] The respondents commenced a civil suit against a number of individuals involved in the proceedings against them: the police officer Dueck, the prosecutor Miazga, his co-counsel, the estate of Miazga's superior at Prosecutions Head Office, and the child therapist who treated the children and testified in the criminal proceedings against the respondents. The action against Miazga's co-counsel and the estate of his superior were non-suited at trial. Dueck, Miazga and the child therapist were found liable.

[29] Dueck did not appeal the trial judgment. The judgment against the child therapist was set aside on appeal. The Court of Appeal found the trial judge's conclusion that, but for the involvement of the child therapist the charges would not have been laid and, if laid, would not have been prosecuted, was "simply not supported by the evidence" and indeed was contrary to the entire body of evidence bearing on her participation in the investigation of the alleged offences (para. 42). The court held further that even if the trial judge's findings of fact were correct, they were not sufficient in law to make the child therapist liable for initiation of the proceedings. No appeal is taken from the dismissal of the action against the child therapist. It is only the action against Crown prosecutor Miazga that concerns the Court in the present appeal.

[26] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan ont confirmé les déclarations de culpabilité des parents R. et de D.W. (*R. c. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353). Notre Cour a écarté ces déclarations de culpabilité ([1996] 2 R.C.S. 291), mais ses juges majoritaires ont conclu que le témoignage des enfants R. était suffisant pour ordonner la tenue de nouveaux procès dans le cas de deux des défendeurs.

#### 2.4 *L'action pour poursuites abusives*

[27] Quelques années après l'arrêt des procédures, les trois enfants R. sont revenus sur leurs allégations contre les intimés.

[28] Ces derniers ont poursuivi au civil un certain nombre de personnes ayant joué un rôle dans la procédure criminelle engagée contre eux : l'agent de police Dueck, le procureur de la Couronne, M. Miazga, sa collègue, les ayants droit du supérieur de M. Miazga à la Direction des poursuites pénales et la thérapeute qui s'était occupée des enfants et avait témoigné au pénal contre les intimés. L'action contre la collègue de M. Miazga et les ayants droit du supérieur de ce dernier a été jugée irrecevable au procès. Messieurs Dueck et Miazga et la thérapeute pour enfants ont été tenus responsables.

[29] Monsieur Dueck n'a pas interjeté appel. La Cour d'appel a infirmé le jugement à l'égard de la thérapeute pour enfants, estimant que la conclusion du juge de première instance selon laquelle, sans le concours de l'intéressée, les accusations n'auraient pas été déposées ou, si elles l'avaient été, le ministère public n'y aurait pas donné suite, n'était [TRADUCTION] « tout simplement pas étayée par la preuve » et allait même à l'encontre de l'ensemble de la preuve concernant sa participation à l'enquête sur les infractions alléguées (par. 42). Elle a en outre statué que même si elles étaient correctes, les conclusions de fait tirées en première instance n'étaient pas suffisantes en droit pour tenir la thérapeute responsable de la poursuite criminelle. Le rejet de l'action contre la thérapeute par la Cour d'appel n'est pas en cause dans le présent pourvoi, qui ne vise que l'action intentée contre M. Miazga en qualité de procureur de la Couronne.

### 3. The Action Against Miazga: Judgments Below

#### 3.1 *Court of Queen's Bench of Saskatchewan*

[30] At trial, Miazga did not take issue with the fact that he had initiated the proceedings against the respondents within the meaning of the case law under the first element of the four-part test for malicious prosecution. While there was some issue in respect of the second element of the tort in light of the plea bargain with Peter Klassen Sr. (not a party to this action), the trial judge held that the proceedings had terminated in favour of the respondents. No issue is taken on this point before this Court. The trial judge found that the third and fourth elements of the tort were satisfied based on his conclusions that Miazga did not have reasonable and probable grounds to proceed against the respondents and had acted maliciously in doing so. The judge's findings on these latter two elements of the tort remain at issue.

[31] As noted by the Court of Appeal (at para. 68), it is clear that the trial judge "identified the credibility of the R. children and their allegations as 'the most critical issue of the case'". It is also apparent that the trial judge's conclusion on liability was based on his view that the children's allegations were so unbelievable as to be patently absurd, such that no reasonable person would have believed the accusations against the respondents without corroborating evidence. The trial judge pointed to the ritualistic and satanic aspects of the allegations, the rote manner in which the children recalled the abuse, and the fact that, if the children's stories were accepted, 12 individual adults, many with young children of their own, were routinely abusing the R. children in the same fashion in different houses, while other adults were present. The trial judge concluded that in light of the nature of the complaints, and given that the children were known to be untruthful, the allegations against the respondents were virtually unbelievable.

### 3. L'action contre M. Miazga : Jugements des tribunaux inférieurs

#### 3.1 *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

[30] Au procès, M. Miazga n'a pas nié avoir engagé la poursuite contre les intimés, comme l'exige le premier volet du critère jurisprudentiel permettant de conclure au caractère abusif de poursuites. Même si le respect du deuxième volet était discutable parce qu'il y avait eu négociation de plaider avec M. Peter Klassen père (qui n'est pas partie à la présente instance), le juge de première instance a déterminé que la poursuite avait débouché sur une décision favorable aux intimés. Cette conclusion n'est pas contestée dans le présent pourvoi. Le juge de première instance a conclu que les troisième et quatrième éléments constitutifs du délit étaient réunis car, selon lui, M. Miazga n'avait pas eu de motifs raisonnables et probables de traduire les intimés en justice et il avait fait preuve de malveillance en allant de l'avant. Ce sont ses conclusions sur ces deux derniers éléments du délit qui sont contestées devant nous.

[31] Comme le signale la Cour d'appel (au par. 68), le juge de première instance voit clairement dans [TRADUCTION] « la crédibilité des enfants R. et de leurs allégations "l'élément décisif de l'affaire" ». Aussi, sa conclusion sur la responsabilité tient de toute évidence à son opinion que les faits allégués par les enfants sont invraisemblables au point d'être manifestement absurdes, de sorte que, sans corroboration, aucune personne raisonnable n'aurait conclu à la culpabilité des intimés. Le juge relève le caractère rituel et satanique des actes allégués, la façon mécanique dont les enfants ont relaté les agressions et le fait que, si on ajoutait foi aux allégations, 12 adultes, dont un grand nombre avaient eux-mêmes de jeunes enfants, leur auraient infligé régulièrement les mêmes sévices dans différentes maisons en présence d'autres adultes. Vu la nature des actes reprochés et le fait qu'on savait les enfants enclins à mentir, il était pratiquement impossible de croire à la véracité des allégations formulées contre les intimés.



[32] On the third element of the test for malicious prosecution, the trial judge concluded that Miazga did not have a subjective belief in the probable guilt of each of the respondents respecting the offences charged against them. He noted (at para. 357) that “not one of the defendants ever said that he or she had an honest belief in the probable guilt of the plaintiffs”, testifying only that they “believed the children”. Even if Miazga had testified that he believed in the probable guilt of each of the respondents on each of the charges, the trial judge held that he could not have accepted such evidence as truthful because there were no objectively reasonable grounds upon which Miazga could have concluded the respondents were probably guilty of the crimes alleged, given the unbelievable nature of the R. children’s allegations.

[33] On the final element of the tort, the trial judge held that Miazga acted maliciously in prosecuting the respondents. He found (at para. 381) that, given the “extraordinary” circumstances of this case, Miazga’s decision to proceed against the respondents without reasonable and probable grounds constituted a strong presumption of malice or at least amounted to a “strong indication of malice” (para. 382). Further, the trial judge held that there were “many other strong indications of malice” in addition to absence of reasonable and probable grounds that could be inferred from Miazga’s conduct (para. 382). The trial judge attributed malice to Miazga on the basis of each of the following facts:

A. Pre-charge Advice to Dueck

- Miazga’s failure to interview the children or view the videotapes of their interviews with police before advising Dueck that he should lay charges if he believed the children (para. 141);
- Miazga’s failure to be even-handed in his zeal to charge and prosecute the alleged abusers

[32] En ce qui concerne le troisième volet du critère applicable aux poursuites abusives, le juge du procès conclut que M. Miazga ne croyait pas subjectivement à la culpabilité probable de chacun des intimés à l’égard des infractions qui leur étaient reprochées. Il signale (au par. 357) que [TRADUCTION] « les défendeurs n’ont jamais affirmé avoir sincèrement cru à la culpabilité probable des demandeurs », mais seulement qu’ils [TRADUCTION] « croyaient les enfants ». Il ajoute que même si M. Miazga avait témoigné qu’il avait cru à la culpabilité probable de chacun des intimés pour chacune des accusations, il n’aurait pas tenu son témoignage pour véridique, car vu l’in vraisemblance des allégations des enfants R., aucun motif objectivement raisonnable n’aurait pu permettre à M. Miazga de conclure que les intimés étaient probablement coupables des crimes allégués.

[33] Pour ce qui est du dernier élément du délit, le juge du procès estime que M. Miazga a fait preuve de malveillance en engageant les poursuites contre les intimés. Il conclut (au par. 381) qu’en raison des circonstances [TRADUCTION] « extraordinaires » de l’affaire, la décision d’aller de l’avant malgré l’absence de motifs raisonnables et probables de le faire fait naître une forte présomption de malveillance ou constitue à tout le moins [TRADUCTION] « un bon indice de malveillance » (par. 382). Il conclut aussi que la conduite de M. Miazga recelait [TRADUCTION] « de nombreux autres bons indices de malveillance » qui s’ajoutaient à l’absence de motifs raisonnables et probables (par. 382). Selon lui, la malveillance de M. Miazga pouvait être inférée de chacun des faits suivants :

A. Conseils à l’agent Dueck avant le dépôt des accusations

- l’omission de M. Miazga de rencontrer les enfants ou de visionner les enregistrements vidéo de leurs entretiens avec les policiers avant de recommander à l’agent Dueck de déposer des accusations s’il ajoutait foi aux allégations des enfants (par. 141);
- le manque d’équité dans l’empressement à accuser et à poursuivre les supposés agresseurs, car

because persons other than the parents of the R. children and the respondents were named in the children's allegations but were not charged (para. 390); and

- Miazga's general failure to adequately investigate or objectively assess the case before advising Dueck (paras. 141, 287, 294 and 384).

#### B. Conduct During the Criminal Proceedings

- The particulars of the respondents' arrest, the decision to remand them in custody for six days and the conditions under which they were held (para. 176);
- Miazga's use of expert witnesses as "oath helpers", who gave evidence that the R. children were dysfunctional and had been sexually abused, and as a result, would be expected to have inconsistencies in their allegations and testimony (paras. 271-72);
- Miazga's attempts to "shelter" the children throughout the proceedings by objecting to the defence lawyer sitting as an observer at the preliminary inquiry into the charges against the R. parents and D.W., objecting to the cross-examination of the children on their videotaped interviews and previous statements, and his questioning of the expert witnesses (paras. 412-16); and
- Miazga's approach, conduct and attitude throughout the trial, which led the trial judge to infer that he was determined to secure committals or convictions no matter how unreliable the witnesses were (para. 418).

#### C. Miazga's Evidence at Trial

- Miazga's failure to apologize or express remorse for the prosecution, and his lack of concern about the effect of the prosecution on the respondents or on public confidence in the justice system (paras. 404-6).

d'autres personnes que les parents des enfants R. et les intimés visées par les allégations des enfants n'avaient pas été accusées (par. 390);

- l'omission générale d'analyser convenablement le dossier ou d'apprécier objectivement les faits avant de conseiller l'agent Dueck (par. 141, 287, 294 et 384).

#### B. Comportement pendant l'instance criminelle

- les circonstances de l'arrestation des intimés, la décision de les placer en détention pendant six jours et les conditions de leur détention (par. 176);
- le recours à des experts à titre de « témoins justificateurs », qui ont déclaré que les enfants R. étaient dysfonctionnels, qu'ils avaient été victimes d'agression sexuelle et qu'il fallait donc s'attendre à ce que leurs allégations et leurs témoignages présentent des contradictions (par. 271-272);
- les tentatives de « protéger » les enfants tout au long de l'instance en s'opposant à ce que l'avocat de la défense assiste à titre d'observateur à l'enquête préliminaire relative aux accusations portées contre les parents R. et D.W. et à ce que les enfants soient contre-interrogés sur leurs entretiens enregistrés et sur leurs déclarations antérieures, et la façon d'interroger les témoins experts (par. 412-416);
- la démarche, le comportement et l'attitude tout au long de l'instance, qui ont amené le juge du procès à conclure que le procureur de la Couronne était déterminé à obtenir des citations à procès ou des déclarations de culpabilité sans égard à la fiabilité des témoins (par. 418).

#### C. Témoignage de M. Miazga au procès civil

- l'omission de présenter des excuses ou d'exprimer des regrets et l'indifférence à l'égard des répercussions des poursuites sur les intimés ou sur la confiance du public dans le système de justice (par. 404-406).

### 3.2 *Court of Appeal for Saskatchewan*

[34] Although divided in the outcome, the Court of Appeal was unanimous in concluding that the trial judge had erred in attributing malice to Miazga on the basis of the facts he deemed “other strong indications of malice”, as described above. The court found that the trial judge’s conclusions in this regard were based on erroneous assumptions about the role of the prosecutor, errors in law, or were unsupported by the evidence. The gist of the court’s reasoning is as follows.

[35] In respect of Miazga’s pre-charge actions, Sherstobitoff J.A., writing for himself and Lane J.A., concluded that the trial judge erred in attributing malice to Miazga for any failure to properly investigate the matter. He recalled the separate functions of police and prosecutors (at paras. 104-14), noting that police ultimately bear sole responsibility for the investigation of an offence and the decision as to whether and what charges should be laid. Save Miazga’s failure to interview the children himself before giving Dueck advice to proceed if he believed the children’s allegations which, in the majority’s view, was properly taken into account (at paras. 115-16), the pre-charge conduct of the investigation had no bearing on the case against Miazga. Vancise J.A. agreed that “the trial judge demonstrated a lack of understanding of the role of the police and the role of the prosecutor” (para. 212).

[36] Regarding Miazga’s conduct during the criminal proceedings, Sherstobitoff J.A. found (at para. 121) that the trial judge erred in attributing malice to Miazga on the basis of the respondents’ remand in custody at the time of their arrest, because there was no evidence that Miazga had anything to do with the nature and circumstances of the arrest. In fact, the evidence showed that Miazga’s first involvement in the matter was to consent to the respondents’ release at the show cause hearing. As to Miazga’s conduct of the trial, including his allegedly over-protective position on behalf of the

### 3.2 *Cour d’appel de la Saskatchewan*

[34] La Cour d’appel est partagée sur l’issue de l’appel, mais tous ses juges sont d’avis que le juge de première instance a eu tort de conclure à la malveillance de M. Miazga sur le fondement de ce qu’il considérait comme d’« autres bons indices de malveillance ». Selon elle, les conclusions du juge sur ce point reposaient sur des postulats erronés concernant le rôle du poursuivant et sur des erreurs de droit ou elles n’étaient pas étayées par la preuve. Voici l’essentiel de son raisonnement.

[35] S’agissant des actes de M. Miazga avant le dépôt des accusations, le juge Sherstobitoff, avec l’appui du juge Lane, conclut que le juge de première instance a imputé à la malveillance de M. Miazga l’omission de considérer convenablement l’affaire. Il rappelle la distinction entre le rôle de la police et celui du ministère public (aux par. 104-114) et signale qu’au bout du compte, la tâche d’enquêter sur une infraction, celle de porter ou non des accusations et celle de décider des chefs d’accusation incombent uniquement aux policiers. Hormis l’omission de rencontrer lui-même les enfants avant de recommander à l’agent Dueck d’aller de l’avant s’il ajoutait foi à leurs allégations — dont la prise en compte a été tenue pour légitime par les juges majoritaires (par. 115-116) —, le déroulement de l’enquête avant le dépôt des accusations n’était pas pertinent. Le juge Vancise convient que [TRADUCTION] « le juge de première instance n’a pas bien compris les rôles respectifs de la police et du ministère public » (par. 212).

[36] En ce qui concerne le comportement pendant l’instance criminelle, le juge Sherstobitoff estime (au par. 121) que le juge de première instance a conclu à tort que l’envoi en détention des intimés après leur arrestation constituait de la malveillance de la part de M. Miazga, car aucun élément de preuve n’indiquait que ce dernier avait eu quoi que ce soit à voir avec la nature et les circonstances de l’arrestation. De fait, selon la preuve, le premier geste de M. Miazga avait été de consentir à la mise en liberté des intimés à l’audience de justification. Pour ce qui est de sa conduite au procès,

children and his handling of the expert witnesses, the court held that, even if one agreed with the trial judge that Miazga was unduly aggressive, the presiding judge retained control of the proceedings (Vancise J.A., at para. 237), and in any event, any such misconduct by a Crown prosecutor would be equally consistent with poor judgment, negligence or recklessness as with malice (Sherstobitoff J.A., at para. 130).

[37] Finally, the court held (at paras. 127 and 242) that it was not open to the trial judge to infer lack of remorse and thus malice from Miazga's failure to apologize for the prosecution of the respondents, because there was simply nothing on the record regarding the presence or absence of remorse. Miazga was never asked about his feelings on the prosecution during the course of the trial.

[38] In summary, the Court of Appeal unanimously rejected virtually all of the trial judge's "indicators of malice". As Sherstobitoff J.A. noted, the trial judge failed to explain why he considered these actions to be signs of malice, given that most of them were equivocal in indicating Miazga's intentions, and could be consistent with poor judgment, negligence or recklessness, none of which are actionable.

[39] Nevertheless, the majority concluded that the appeal should be dismissed. According to Sherstobitoff J.A., the trial judge's finding that Miazga did not have a subjective belief in the probable guilt of the respondents was a finding of fact that "tips the balance" against Miazga (para. 132). Sherstobitoff J.A. concluded (at para. 135) that this finding was reasonable, having regard to the whole of the evidence and "the trial judge's firm opinion, which permeates the entire judgment", that it should have been apparent to anyone that the R. children's allegations were so bizarre as to be unbelievable, and that the children were not sufficiently

y compris l'attitude surprotectrice qu'il aurait eue à l'égard des enfants et son comportement vis-à-vis des témoins experts, la Cour d'appel estime que même si l'on convient avec le juge de première instance que M. Miazga était indûment combatif, le juge du procès est demeuré maître de l'instance (le juge Vancise, par. 237). De toute manière, une inconduite de cette nature pouvait tout aussi bien être imputée au manque de discernement du procureur de la Couronne, à sa négligence ou à son insouciance (le juge Sherstobitoff, par. 130).

[37] Enfin, la Cour d'appel statue (aux par. 127 et 242) que le juge de première instance ne pouvait inférer de l'omission de M. Miazga de présenter des excuses que ce dernier n'avait pas de regrets et qu'il avait donc été animé par une intention malveillante, car aucun élément de preuve se rapportant à la présence ou à l'absence de regrets ne figurait au dossier. Jamais au cours du procès M. Miazga n'a été interrogé sur ce qu'il éprouvait à l'égard des poursuites intentées contre les intimés.

[38] En résumé, tous les juges de la Cour d'appel écartent la quasi-totalité des [TRADUCTION] « indices de malveillance » retenus par le juge de première instance. Comme l'indique le juge Sherstobitoff, le juge de première instance n'a pas expliqué en quoi ces actes lui paraissaient empreints de malveillance, puisque la plupart d'entre eux étaient équivoques quant à l'intention de M. Miazga et pouvaient traduire un manque de discernement, de la négligence ou de l'insouciance, lesquels ne confèrent pas de droit d'action.

[39] Toutefois, les juges majoritaires rejettent l'appel. Selon le juge Sherstobitoff, la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Miazga ne croyait pas subjectivement à la culpabilité probable des intimés constitue une conclusion de fait qui [TRADUCTION] « fait pencher la balance » contre ce dernier (par. 132). Elle pouvait raisonnablement être tirée (au par. 135) au vu de l'ensemble de la preuve et de [TRADUCTION] « la ferme opinion du juge de première instance, qui ressort de tout le jugement », voulant que n'importe qui aurait trouvé les allégations des enfants R. bizarres au point d'être invraisemblables et la crédibilité des enfants

credible. The majority held that Miazga's decision to proceed absent reasonable and probable grounds was itself sufficient to make out the malice element of *Nelles*, explaining as follows (at para. 141):

For a Crown prosecutor to proceed with a prosecution without a belief in the credibility of his complainants, and without a belief in the guilt of the accused amounts to the “willful and intentional effort on the Crown’s part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system” as referred to in *Proulx* . . . and takes the case beyond bad judgment, negligence or recklessness and into the realm of malice.

[40] Vancise J.A., writing in dissent, disagreed. He held (at para. 246) that the key to the tort of malicious prosecution is malice, defined in *Nelles* and *Proulx* as “conduct fueled by an ‘improper purpose’”. In his view, the absence of reasonable and probable grounds alone could not constitute malice in the form of improper purpose. No improper purpose was identified in the pleadings and, significantly, the trial judge made no express finding of a specific improper purpose attributable to Miazga (para. 170). As a result, Vancise J.A. concluded that there existed no evidence indicative of an intentional effort by Miazga to abuse or distort the Crown attorney’s proper role within the criminal justice system (para. 245). All of the so-called indications of malice which the trial judge attributed to Miazga “were not evidence of some improper purpose but rather indications of at best bad judgment, negligence or recklessness” (para. 247).

[41] In light of this conclusion, it was not necessary for Vancise J.A. to deal with the issue of reasonable and probable grounds. He nevertheless concluded that the trial judge’s finding that Miazga did not have an honest belief in the existence of reasonable and probable grounds was based on the unbelievable nature of the R. children’s allegations and, as such, amounted to a palpable and overriding error. Vancise J.A. held that Dueck’s belief in the children and the antecedent criminal proceedings

insuffisante. Les juges majoritaires concluent que la décision de M. Miazga d’aller de l’avant malgré l’absence de motifs raisonnables et probables suffisait en soi à établir la malveillance conformément à l’arrêt *Nelles*. Ils expliquent (par. 141) :

[TRADUCTION] Une poursuite engagée sans que le procureur de la Couronne n’ajoute foi aux allégations des plaignants ou ne croie à la culpabilité des accusés équivaut à « 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 » au sens de l’arrêt *Proulx* [. . .] et va au-delà du manque de discernement, de la négligence ou de l’insouciance pour devenir de la malveillance.

[40] Dissident, le juge Vancise conclut que l’élément fondamental du délit de poursuites abusives est la malveillance, que les arrêts *Nelles* et *Proulx* définissent comme une [TRADUCTION] « conduite motivée par un “but illégitime” » (par. 246). À son avis, l’absence de motifs raisonnables et probables ne peut à elle seule constituer de la malveillance revêtant la forme d’un but illégitime. Les actes de procédure ne font état d’aucun but illégitime et, surtout, le juge de première instance ne tire aucune conclusion expresse quant à la motivation de M. Miazga par un but illégitime précis (par. 170). Le juge Vancise estime donc qu’aucun élément ne tendait à prouver un effort délibéré de la part de M. Miazga pour abuser de son propre rôle ou le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale (par. 245). Tous les prétendus indices de malveillance relevés en première instance [TRADUCTION] « ne démontraient pas l’existence d’un but illégitime, mais indiquaient tout au plus un manque de discernement, de la négligence ou de l’insouciance » (par. 247).

[41] Cette conclusion dispense le juge Vancise d’examiner la question des motifs raisonnables et probables. Il exprime néanmoins l’avis que la conclusion selon laquelle M. Miazga ne croyait pas sincèrement à l’existence de tels motifs reposait sur l’in vraisemblance des allégations des enfants R. et qu’elle constituait de ce fait une erreur manifeste et dominante. Selon lui, le fait que l’agent Dueck avait cru les enfants et la crédibilité accordée au témoignage des enfants R. dans le cadre des poursuites

against the R. parents and D.W., where the testimony of the R. children was accepted as credible, belied the trial judge's premise that the allegations were so absurd as to be totally unbelievable.

#### 4. Analysis

##### 4.1 *Historical Development of the Tort of Malicious Prosecution*

[42] Malicious prosecution is an intentional tort designed to provide redress for losses flowing from an unjustified prosecution. The four-part test for malicious prosecution was born and evolved in England in the 18th and 19th centuries at a time when prosecutions were conducted by private litigants and the Crown was immune from civil liability. Indeed, all of the early English and Canadian cases of malicious prosecution involved disputes between private litigants: see, e.g., *Heath v. Heape* (1856), 1 H. & N. 478 (Ex.), 156 E.R. 1289; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *Abrath v. North Eastern Railway Co.* (1886), 11 App. Cas. 247 (H.L.); *Joint v. Thompson* (1867), 26 U.C.Q.B. 519; *Prentiss v. Anderson Logging Co.* (1911), 16 B.C.R. 289 (C.A.); *Jewhurst v. United Cigar Stores Ltd.* (1919), 49 D.L.R. 649 (Ont. S.C., App. Div.); *Gabler v. Cymbaliski* (1922), 15 Sask. L.R. 457 (K.B.); *Love v. Denny* (1929), 64 O.L.R. 290 (S.C., App. Div.).

[43] Crown immunity at common law endured until the 1950s, when Canadian governments began adopting Crown liability legislation: see, e.g., the federal *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 3; and Saskatchewan's *Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1978, c. P-27, s. 5. This body of statute law sparked divergent lines of judicial authority on the question of whether the absolute immunity from civil liability historically afforded Crown prosecutors should continue. This Court in *Nelles* decided the debate in favour of extending the tort of malicious prosecution to Crown prosecutors. However, as Vancise J.A. aptly noted in the court below, the policy reasons underlying the historical immunity enjoyed by Crown prosecutors "justified an extremely high

criminelles dont les parents R. et D.W. avaient auparavant fait l'objet démentaient le postulat du juge selon lequel les allégations étaient absurdes au point d'être totalement invraisemblables.

#### 4. Analyse

##### 4.1 *Évolution historique du délit de poursuites abusives*

[42] La création du délit de poursuites abusives — un délit de nature intentionnelle — visait à permettre l'indemnisation du préjudice causé par une poursuite injustifiée. Le critère à quatre volets qui s'y applique a vu le jour et s'est développé en Angleterre aux 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles, à une époque où les poursuites pénales étaient le fait de particuliers et où la Couronne échappait à toute responsabilité civile. De fait, en Angleterre et au Canada, les premières décisions en matière de poursuites abusives ont toutes été rendues dans des affaires opposant des personnes privées : voir, p. ex., *Heath c. Heape* (1856), 1 H. & N. 478 (Ex.), 156 E.R. 1289; *Hicks c. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *Abrath c. North Eastern Railway Co.* (1886), 11 App. Cas. 247 (H.L.); *Joint c. Thompson* (1867), 26 U.C.Q.B. 519; *Prentiss c. Anderson Logging Co.* (1911), 16 B.C.R. 289 (C.A.); *Jewhurst c. United Cigar Stores Ltd.* (1919), 49 D.L.R. 649 (C.S. Ont., Div. app.); *Gabler c. Cymbaliski* (1922), 15 Sask. L.R. 457 (B.R.); *Love c. Denny* (1929), 64 O.L.R. 290 (C.S., Div. app.).

[43] Dans les ressorts de common law, le principe de l'immunité s'est appliqué jusque dans les années 1950, les divers gouvernements canadiens commençant alors à légiférer sur la responsabilité de l'État : voir, p. ex., la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 3, et la *Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1978, ch. P-27, art. 5. Ces textes législatifs ont donné lieu à un débat jurisprudentiel quant à savoir s'il fallait continuer de reconnaître au ministère public l'immunité absolue contre la responsabilité civile dont il avait joui jusqu'alors. Dans l'arrêt *Nelles*, notre Cour a statué qu'un procureur de la Couronne pouvait être tenu responsable de poursuites abusives. Toutefois, comme le fait remarquer à juste titre le juge Vancise, les raisons de principe

threshold to succeed in an action for malicious prosecution” (para. 184).

[44] 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. While the elements of the four-part test for malicious prosecution are identical no matter the parties, the contours of the tort in an action against the Attorney General or his agents must be informed by the core constitutional principles governing that office. These principles animated this Court’s decision in *Nelles* to adopt a very high threshold for the tort of malicious prosecution in an action against a public prosecutor, and, accordingly, it is useful to recall them here.

#### 4.2 *Crown Independence and the Tort of Malicious Prosecution*

[45] An allegation of malicious prosecution against a Crown attorney constitutes an after-the-fact attack on the propriety of the prosecutor’s decision to initiate or continue criminal proceedings against the plaintiff. The decision to initiate or continue criminal proceedings lies at the core of prosecutorial discretion, the nature and contents of which were described by this Court in *Krieger* as follows (at paras. 43 and 46-47):

“Prosecutorial discretion” is a term of art. It does not simply refer to any discretionary decision made by a Crown prosecutor. 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.

fondant l’immunité dont avait historiquement bénéficié le procureur de la Couronne [TRADUCTION] « justifiaient de n’accueillir une action pour poursuites abusives que si elle satisfaisait à un critère extrêmement strict » (par. 184).

[44] 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. Bien que les quatre volets du critère permettant de conclure au caractère abusif de poursuites demeurent les mêmes quelles que soient les parties en présence, la définition du délit dans une action intentée contre le procureur général ou un substitut doit prendre en compte les principes constitutionnels fondamentaux régissant cette charge. Dans l’affaire *Nelles*, la décision de notre Cour d’appliquer une norme très stricte dans une action pour poursuites abusives intentée contre le ministère public procède de ces principes, et c’est pourquoi je les rappelle ci-après.

#### 4.2 *Indépendance du ministère public et délit de poursuites abusives*

[45] La personne qui intente contre un procureur de la Couronne une action pour poursuite abusive conteste après coup le bien-fondé de sa décision d’engager ou de continuer une poursuite criminelle contre elle. Or, cette décision est au cœur du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, dont notre Cour précise la nature et les éléments dans l’arrêt *Krieger* (par. 43 et 46-47) :

L’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression technique. Elle ne désigne pas simplement la décision discrétionnaire d’un procureur du ministère public, mais 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.

Without being exhaustive, we believe the core elements of prosecutorial discretion encompass the following: (a) the discretion whether to bring the prosecution of a charge laid by police; (b) the discretion to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution, as codified in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 579 and 579.1; (c) the discretion to accept a guilty plea to a lesser charge; (d) the discretion to withdraw from criminal proceedings altogether: *R. v. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (N.B.C.A.); and (e) the discretion to take control of a private prosecution: *R. v. Osioy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (Sask. C.A.). While there are other discretionary decisions, these are the core of the delegated sovereign authority peculiar to the office of the Attorney General.

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum. [Emphasis added.]

[46] The independence of the Attorney General is so fundamental to the integrity and efficiency of the criminal justice system that it is constitutionally entrenched. The principle of independence requires that the Attorney General act independently of political pressures from government and sets the Crown's exercise of prosecutorial discretion beyond the reach of judicial review, subject only to the doctrine of abuse of process. The Court explained in *Krieger* how the principle of independence finds form as a constitutional value (at paras. 30-32):

It is a constitutional principle in this country that the Attorney General must act independently of partisan

Sans vouloir être exhaustifs, nous croyons que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites comprend essentiellement les éléments suivants : a) le pouvoir discrétionnaire d'intenter ou non des poursuites relativement à une accusation portée par la police; b) le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures dans le cadre de poursuites privées ou publiques, au sens des art. 579 et 579.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; c) le pouvoir discrétionnaire d'accepter un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave; d) le pouvoir discrétionnaire de se retirer complètement de procédures criminelles : *R. c. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (C.A.N.-B.); e) le pouvoir discrétionnaire de prendre en charge des poursuites privées : *R. c. Osioy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (C.A. Sask.). Même s'il existe d'autres décisions discrétionnaires, celles-ci constituent l'essentiel du pouvoir souverain délégué qui caractérise la charge de procureur général.

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui. [Je souligne.]

[46] L'indépendance du procureur général est si essentielle à l'intégrité et à l'efficacité du système de justice criminelle qu'elle est consacrée par la Constitution. Le principe de l'indépendance veut que le procureur général agisse indépendamment de toute pression politique du gouvernement et il soustrait à tout contrôle judiciaire l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, sous réserve uniquement de l'application de la règle de l'abus de procédure. Dans l'arrêt *Krieger*, notre Cour explique en quoi le principe de l'indépendance revêt la forme d'une valeur constitutionnelle (par. 30-32) :

Dans notre pays, un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment de toute



concerns when supervising prosecutorial decisions. Support for this view can be found in: Law Reform Commission of Canada [Working Paper 62, *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (1990)], at pp. 9-11. See also Binnie J. in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at paras. 157-58 (dissenting on another point).

This side of the Attorney General's independence finds further form in the principle that courts will not interfere with his exercise of executive authority, as reflected in the prosecutorial decision-making process. . . .

The court's acknowledgment of the Attorney General's independence from judicial review in the sphere of prosecutorial discretion has its strongest source in the fundamental principle of the rule of law under our Constitution. Subject to the abuse of process doctrine, supervising one litigant's decision-making process — rather than the conduct of litigants before the court — is beyond the legitimate reach of the court. . . . The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system of prosecution. Clearly drawn constitutional lines are necessary in areas subject to such grave potential conflict. [Emphasis added.]

See also *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 166, *per* Binnie J., dissenting on another issue.

[47] In exercising their discretion to prosecute, Crown prosecutors perform a function inherent in the office of the Attorney General that brings the principle of independence into play. Its fundamental importance lies, not in protecting the interests of individual Crown attorneys, but in advancing the public interest by enabling prosecutors to make discretionary decisions in fulfilment of their professional obligations without fear of judicial or political interference, thus fulfilling their *quasi-judicial* role as “ministers of justice”: *Boucher v.*

considération partisane lorsqu'il supervise les décisions d'un procureur du ministère public. Voir, à l'appui de ce point de vue : Commission de réforme du droit du Canada [Document de travail 62, *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990)], p. 9-11. Voir également le juge Binnie (dissident sur un autre point) dans l'arrêt *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 157-158.

Cet aspect de l'indépendance du procureur général se reflète également dans le principe selon lequel les tribunaux n'interviennent pas dans la façon dont celui-ci exerce son pouvoir exécutif, comme l'illustre le processus décisionnel en matière de poursuites. . . .

La reconnaissance par la cour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur général en matière de poursuites ne peut pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire repose avant tout sur le principe fondamental de la primauté du droit consacré par notre Constitution. Sous réserve de la règle de l'abus de procédure, il ne relève pas de la compétence légitime du tribunal de superviser le processus décisionnel d'une partie plutôt que la conduite des parties comparaisant devant lui. [ . . . ] La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l'objet d'une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l'origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait miner l'intégrité de notre système de poursuites. Il faut établir des lignes de démarcation constitutionnelles claires dans des domaines où un conflit aussi grave risque de survenir. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 166, le juge Binnie, dissident sur un autre point.

[47] L'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites relève d'une fonction inhérente à la charge de procureur général qui fait intervenir le principe de l'indépendance. L'importance fondamentale de l'indépendance du ministère public tient à la défense de l'intérêt public, et non à la protection des droits individuels des procureurs de la Couronne, car elle permet à ces derniers de prendre des décisions discrétionnaires dans l'exécution de leurs obligations professionnelles sans craindre d'ingérence judiciaire ou politique et de

*The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 25, *per* Locke J. In *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616, L'Heureux-Dubé J. acknowledged the importance of limiting judicial oversight of Crown decisions in furtherance of the public interest:

[T]he Attorney General is a member of the executive and as such reflects, through his or her prosecutorial function, the interest of the community to see that justice is properly done. The Attorney General's role in this regard is not only to protect the public, but also to honour and express the community's sense of justice. Accordingly, courts should be careful before they attempt to "second-guess" the prosecutor's motives when he or she makes a decision. [Emphasis added.]

Thus, the public good is clearly served by the maintenance of a sphere of unfettered discretion within which Crown attorneys can properly pursue their professional goals.

[48] That said, the general rule of judicial non-intervention in the prosecutorial exercise is not absolute. In the public law context, this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, unanimously affirmed the availability of the doctrine of abuse of process in criminal proceedings, but (at p. 137) strictly limited judicial discretion to stay proceedings as a result of abuse of process to the "clearest of cases". In *Power*, L'Heureux-Dubé J. for a majority of this Court described the high threshold that must be met to justify judicial interference with a Crown attorney's decision to prosecute an accused (at pp. 615-16):

I, therefore, conclude that, in criminal cases, courts have a residual discretion to remedy an abuse of the court's process but only in the "clearest of cases", which, in my view, amounts to conduct which shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention.

To conclude that the situation "is tainted to such a degree" and that it amounts to one of the "clearest of cases", as the abuse of process has been characterized by the jurisprudence, requires overwhelming evidence

s'acquitter ainsi de leur rôle *quasi* judiciaire de [TRADUCTION] « représentants de la justice » : *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 25, le juge Locke. Dans l'arrêt *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, la juge L'Heureux-Dubé reconnaît qu'il est dans l'intérêt public de limiter le contrôle judiciaire des décisions du ministère public (p. 616) :

[L]e procureur général est un représentant de l'exécutif et, à ce titre, il reflète, de par sa fonction de poursuivant, l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que justice soit adéquatement rendue. Le rôle du procureur général à cet égard consiste non seulement à protéger le public, mais également à honorer et à exprimer le sens de justice de la collectivité. Aussi, les tribunaux devraient-ils être prudents avant de s'adonner à des conjectures rétrospectivement sur les motifs qui poussent le poursuivant à prendre une décision. [Je souligne.]

Il est donc clairement dans l'intérêt public que les procureurs de la Couronne jouissent d'un pouvoir discrétionnaire total leur permettant de s'acquitter dûment de leur fonction.

[48] Ce principe général de non-immixtion judiciaire n'est cependant pas absolu. Dans le contexte du droit public, notre Cour a unanimement confirmé l'applicabilité de la règle de l'abus de procédure dans une instance pénale (*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128), mais elle n'a reconnu le pouvoir discrétionnaire judiciaire de suspendre l'instance pour abus de procédure que dans les « cas les plus manifestes » (p. 137). Dans l'arrêt *Power*, la juge L'Heureux-Dubé, au nom des juges majoritaires, énonce les conditions strictes auxquelles il peut y avoir immixtion d'une cour de justice dans la décision du ministère public de poursuivre un accusé (p. 615-616) :

Je conclus, par conséquent, que, dans les affaires criminelles, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de remédier à un abus de la procédure de la cour, mais uniquement dans les « cas les plus manifestes », ce qui, à mon avis, signifie un comportement qui choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'il justifie une intervention des tribunaux.

Pour conclure que la situation est « à ce point viciée » et qu'elle constitue l'un des « cas les plus manifestes », tel que l'abus de procédure a été qualifié par la jurisprudence, il doit y avoir une preuve accablante que les procédures

that the proceedings under scrutiny are unfair to the point that they are contrary to the interest of justice. . . . Where there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community, such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed, then, and only then, should courts intervene to prevent an abuse of process which could bring the administration of justice into disrepute. Cases of this nature will be extremely rare. [Emphasis added.]

[49] As stated earlier, the question of whether the Attorney General and Crown attorneys enjoy absolute immunity from a suit for malicious prosecution in the private law context was answered in the negative by this Court in *Nelles*. As the Court explained, the question was ultimately one of policy. The Court concluded that when a prosecutor acts maliciously, in fraud of his or her professional duties, that prosecutor steps outside his or her proper role as “minister of justice”, and as a result, immunity from civil liability is no longer justified. 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.

[50] In deciding that *absolute* immunity from civil liability was not justified, the Court in *Nelles* made clear that the principles underlying the case for immunity were still engaged and informed the high threshold to be met in an action for malicious prosecution (at p. 199):

Further, it is important to note that what we are dealing with here is an immunity from suit for malicious prosecution; we are not dealing with errors in judgment or discretion or even professional negligence. By contrast the tort of malicious prosecution requires proof of an improper purpose or motive, a motive that involves an abuse or perversion of the system of criminal justice for ends it was not designed to serve and as such incorporates an abuse of the office of the Attorney General and his agents the Crown Attorneys. [Emphasis added.]

examinées sont injustes au point qu’elles sont contraires à l’intérêt de la justice. [. . .] Si la preuve démontre clairement l’existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi ou d’un acte si fautif qu’il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu’il serait vraiment injuste et indécent de continuer, alors, et alors seulement, les tribunaux devraient intervenir pour empêcher un abus de procédure susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares. [Je souligne.]

[49] Rappelons que dans l’arrêt *Nelles*, notre Cour statue que le procureur général et ses substitués ne jouissent pas au civil d’une immunité absolue contre les actions pour poursuites abusives. Elle explique qu’il s’agit en définitive d’une question d’intérêt public, puis conclut que le poursuivant qui agit avec malveillance et dénature ses obligations professionnelles sort de son rôle de « représentant de la justice », de sorte que l’immunité contre la responsabilité civile ne se justifie plus. 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.

[50] Dans l’arrêt *Nelles*, lorsqu’elle statue que l’immunité *absolue* contre la responsabilité civile n’est pas justifiée, la Cour précise que les principes sous-tendant la thèse de l’immunité demeurent applicables et influent sur les conditions strictes auxquelles une action pour poursuites abusives doit satisfaire (p. 199) :

De plus, il importe de souligner qu’il s’agit ici d’une immunité contre des actions pour poursuites abusives; il n’est question ni d’erreurs de jugement, ni d’erreurs dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, ni même de négligence professionnelle. Dans le cas du délit civil de poursuites abusives, par contre, on doit prouver l’existence d’un but ou d’un motif illégitime, motif qui constitue un abus ou une perversion du système de justice criminelle à des fins auxquelles il n’est pas destiné et qui, en tant que tel, comporte un abus des pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne qui agissent en son nom. [Je souligne.]

In *Proulx*, at para. 4, the Court reiterated the stringent test for malicious prosecution established in *Nelles*:

Under our criminal justice system, prosecutors are vested with extensive discretion and decision-making authority to carry out their functions. Given the importance of this role to the administration of justice, courts should be very slow indeed to second-guess a prosecutor's judgment calls when assessing Crown liability for prosecutorial misconduct. *Nelles* . . . affirmed unequivocally the public interest in setting the threshold for such liability very high, so as to deter all but the most serious claims against the prosecuting authorities, and to ensure that Crown liability is engaged in only the most exceptional circumstances. [Emphasis added.]

[51] Thus, the public law doctrine of abuse of process and the tort of malicious prosecution may be seen as two sides of the same coin: both provide remedies when a Crown prosecutor's actions are so egregious that they take the prosecutor outside his or her proper role as minister of justice, such that the general rule of judicial non-intervention with Crown discretion is no longer justified. Both abuse of process and malicious prosecution have been narrowly crafted, employing stringent tests, to ensure that liability will attach in only the most exceptional circumstances, so that Crown discretion remains intact.

[52] The respondents and some of the interveners in the present appeal urge that the test for malicious prosecution be amended such that malice under the fourth element may be inferred solely from a finding of lack of reasonable and probable grounds under the third element. They argue that to require independent evidence of malice presents too high a barrier for any wrongly prosecuted person to obtain a remedy against a Crown prosecutor. In my view, these arguments are ill-conceived and do not account for the careful balancing established in *Nelles* and *Proulx* between the right of individual citizens to be free from groundless criminal prosecutions and the public interest in the effective and

Dans l'arrêt *Proulx*, la Cour rappelle le critère strict établi dans l'arrêt *Nelles* à l'égard de l'action pour poursuites abusives (par. 4) :

Dans notre système de justice pénale, les poursuivants jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire et d'un grand pouvoir décisionnel dans l'exercice de leurs fonctions. Compte tenu de l'importance de ce rôle pour l'administration de la justice, les tribunaux doivent se montrer vraiment très réticents à mettre en doute rétrospectivement la sagesse des décisions du poursuivant, lorsqu'ils évaluent la responsabilité du ministère public pour la conduite répréhensible du poursuivant. L'arrêt *Nelles* [. . .] a confirmé sans équivoque qu'il était dans l'intérêt public que le seuil de cette responsabilité soit très élevé, de manière à décourager les demandes, sauf les plus sérieuses, contre les autorités chargées des poursuites et à garantir que seules les circonstances les plus exceptionnelles entraînent la responsabilité du ministère public. [Je souligne.]

[51] La poursuite abusive est donc l'équivalent, en droit privé, de l'abus de procédure en droit public. En effet, les deux offrent une voie de recours lorsque la conduite du procureur de la Couronne est si inacceptable qu'elle ne ressortit plus à son rôle de représentant de la justice, écartant ainsi la règle générale de la non-immixtion des tribunaux dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Tous deux sont strictement délimités et emportent l'application de critères stricts de sorte que la responsabilité du ministère public ne soit retenue que dans les circonstances les plus exceptionnelles et que soit préservé le pouvoir discrétionnaire de ce dernier.

[52] Les intimés et certains intervenants nous exhortent à modifier le critère applicable en matière de poursuites abusives de façon que, pour les besoins du quatrième volet du critère, la malveillance puisse être inférée de la seule conclusion qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables et probables tirée au troisième volet. Ils font valoir que la preuve indépendante de la malveillance du procureur de la Couronne impose un fardeau excessif à l'accusé qui a été victime d'une poursuite abusive. Ces arguments ne sont pas fondés selon moi, et ils ne tiennent pas compte du juste équilibre établi dans les arrêts *Nelles* et *Proulx* entre le droit individuel à la protection contre les poursuites

uninhibited prosecution of criminal wrongdoing: P. H. Osborne, *The Law of Torts* (3rd ed. 2007), at p. 245. As this Court made plain in *Nelles*, the “inherent difficulty” in proving a case of malicious prosecution was an intentional choice by the Court, designed to preserve this balance (p. 199).

#### 4.3 *The Elements of Malicious Prosecution: A Brief Overview*

[53] Under the first element of the test for malicious prosecution, the plaintiff must prove that the prosecution at issue was initiated by the defendant. This element identifies the proper target of the suit, as it is only those who were “actively instrumental” in setting the law in motion that may be held accountable for any damage that results: *Danby v. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603 (C.P.), at p. 604. As against a Crown prosecutor, the initiation requirement will be satisfied where the defendant Crown makes the decision to commence or continue the prosecution of charges laid by police, or adopts proceedings started by another prosecutor: *Clerk & Lindsell on Torts* (19th ed. 2006), at p. 979; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 677.

[54] The second element of the tort demands evidence that the prosecution terminated in the plaintiff’s favour. This requirement precludes a collateral attack on a conviction properly rendered by a criminal court, and thus avoids conflict between civil and criminal justice. The favourable termination requirement may be satisfied no matter the route by which the proceedings conclude in the plaintiff’s favour, whether it be an acquittal, a discharge at a preliminary hearing, a withdrawal, or a stay. However, where the termination does not result from an adjudication on the merits, for example, in the case of a settlement or plea bargain, a live issue may arise whether the termination of the proceedings was “in favour” of the plaintiff: see, e.g., *Ramsay v. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth v. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL) (S.C.J.); *Hunt v. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL) (S.C.J.); *Ferri v. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th) 643. Whether the

criminelles injustifiées et l’intérêt public résidant dans la poursuite effective et sans entrave des criminels : P. H. Osborne, *The Law of Torts* (3<sup>e</sup> éd. 2007), p. 245. Comme le dit clairement la Cour dans l’arrêt *Nelles*, la « difficulté » de prouver la poursuite abusive procède d’un choix délibéré de sa part visant à préserver cet équilibre (p. 199).

#### 4.3 *Les éléments constitutifs du délit de poursuites abusives en bref*

[53] Le premier volet du critère permettant de conclure au caractère abusif d’une poursuite exige du demandeur qu’il prouve que le défendeur a engagé la poursuite en cause. Le recours doit être exercé contre la bonne personne, car seule celle ayant [TRADUCTION] « contribué activement » à la mise en branle du processus judiciaire peut être tenue responsable du préjudice subi : *Danby c. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603 (C.P.), p. 604. Lorsqu’un procureur de la Couronne est partie défenderesse à l’action, cette exigence est remplie s’il a décidé de donner suite aux accusations déposées par la police ou de continuer la poursuite ou s’il a pris le relais dans une poursuite intentée par un collègue : *Clerk & Lindsell on Torts* (19<sup>e</sup> éd. 2006), p. 979; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9<sup>e</sup> éd. 1998), p. 677.

[54] Le deuxième élément constitutif — l’issue de la poursuite favorable au demandeur — empêche la contestation indirecte d’une déclaration de culpabilité prononcée à bon droit par un tribunal pénal et évite ainsi un conflit entre la justice civile et la justice pénale. Cette condition peut être remplie quelles que soient les modalités d’obtention de la décision, qu’il y ait acquittement, mise en liberté à l’enquête préliminaire, retrait de l’accusation ou arrêt des procédures. Toutefois, lorsqu’il n’y a pas de décision au fond, notamment en cas d’entente ou de négociation de plaidoyer, la question de savoir si l’instance a débouché sur une décision « favorable » au demandeur peut encore se poser : voir, p. ex., *Ramsay c. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth c. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL) (C.S.J.); *Hunt c. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL) (C.S.J.); *Ferri c. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th) 643. Bien qu’elle ait été débattue en première

second element of malicious prosecution was satisfied in the present case was a live issue at trial; however, the question is not before the Court.

[55] Of course, criminal proceedings may terminate in favour of an accused for a number of reasons and an accused's success in a criminal proceeding does not mean the prosecution was improperly initiated. The third element which must be proven by a plaintiff — absence of reasonable and probable cause to commence or continue the prosecution — further delineates the scope of potential plaintiffs. As a matter of policy, if reasonable and probable cause existed at the time the prosecutor commenced or continued the criminal proceeding in question, the proceeding must be taken to have been properly instituted, regardless of the fact that it ultimately terminated in favour of the accused. I will say more about this later in these reasons.

[56] Finally, the initiation of criminal proceedings in the absence of reasonable and probable grounds does not itself suffice to ground a plaintiff's case for malicious prosecution, regardless of whether the defendant is a private or public actor. Malicious prosecution, as the label implies, is an intentional tort that requires proof that the defendant's conduct in setting the criminal process in motion was fuelled by malice. The malice requirement is the key to striking the balance that the tort was designed to maintain: between society's interest in the effective administration of criminal justice and the need to compensate individuals who have been wrongly prosecuted for a primary purpose other than that of carrying the law into effect. I return to the malice element in the course of the analysis below.

[57] I now turn to a more detailed consideration of the issues live on this appeal, starting with the absence of the reasonable and probable cause element of the tort.

#### 4.4 *The Absence of Reasonable and Probable Cause*

[58] The third element requires a plaintiff to prove an absence of reasonable and probable cause

instance, cette question n'est pas soulevée devant nous.

[55] Naturellement, différentes raisons peuvent expliquer qu'une poursuite criminelle débouche sur une issue favorable à l'accusé sans qu'elle n'ait été intentée à tort pour autant. Le troisième élément dont le demandeur doit faire la preuve — l'absence de motifs raisonnables et probables d'intenter ou de continuer la poursuite — vient circonscrire davantage le recours possible. En principe, lorsque des motifs raisonnables et probables existaient au moment où le poursuivant a engagé ou continué l'instance criminelle, celle-ci doit être tenue pour légitime même si elle débouche finalement sur une décision favorable à l'accusé. J'y reviendrai.

[56] Enfin, le fait qu'une poursuite criminelle a été intentée malgré l'absence de motifs raisonnables et probables n'établit pas à lui seul son caractère abusif, que le défendeur exerce une charge publique ou non. Le délit de poursuites abusives est de nature intentionnelle et exige la preuve que le défendeur était animé par la malveillance lorsqu'il a mis le processus judiciaire criminel en branle. La malveillance constitue l'élément clé de l'équilibre que le délit vise à préserver entre l'administration efficace de la justice criminelle dans l'intérêt public et la nécessité d'indemniser le citoyen qui est poursuivi à tort principalement à une autre fin que celle de l'application de la loi. Je reviens sur cet élément dans mon analyse.

[57] Je passe maintenant à l'examen détaillé des questions en litige dans le présent pourvoi. Je me penche d'abord sur l'élément constitutif de l'absence de motifs raisonnables et probables.

#### 4.4 *L'absence de motifs raisonnables et probables*

[58] Le troisième élément exige du demandeur qu'il prouve l'absence de motifs raisonnables et

for initiating the prosecution. Since malicious prosecution is an intentional tort that targets a prosecutor's decision to initiate criminal proceedings, this element is generally couched in terms of the prosecutor's *belief* in the existence of reasonable and probable cause. It is well established that the reasonable and probable cause inquiry comprises both a subjective and an objective component, such that for grounds to exist, "[t]here must be both actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances" (*Nelles*, at p. 193). Although stated in the affirmative, the onus is clearly on the plaintiff to prove the *absence* of reasonable and probable cause.

[59] Two issues are raised in this appeal regarding the third element of the tort in an action taken against a Crown prosecutor. First, the parties seek guidance in respect of the standard of belief which should inform the prosecutor's decision to initiate or continue a prosecution, as it appears that there is some uncertainty on this issue. Second, given that the reasonable and probable cause inquiry in a public prosecution is not concerned with the prosecutor's personal views as to the accused's guilt, but with his or her professional assessment of the legal strength of the case, the question is raised whether the third element of the tort should turn solely on the existence or absence of objective grounds, leaving any inquiry into the prosecutor's subjective state of belief to the fourth element, the question of malice. I will deal first with the requisite standard of belief.

[60] In *Nelles*, Lamer J. adopted (at p. 193) the definition of reasonable and probable grounds from *Hicks v. Faulkner*, at p. 171, *per* Hawkins J., aff'd [1881-5] All E.R. Rep. 187 (C.A.), stating as follows:

Reasonable and probable cause has been defined as "an honest belief in the guilt of the accused based upon a full conviction, founded on reasonable grounds, of the existence of a state of circumstances, which, assuming them to be true, would reasonably lead any ordinarily prudent and cautious man, placed in the position of the

probables d'intenter la poursuite. Comme le délit de poursuite abusive est de nature intentionnelle et qu'il vise la décision du ministère public d'engager une instance criminelle, cet élément renvoie généralement à la *croissance* du poursuivant à l'existence de motifs raisonnables et probables. Il est bien établi que la question de savoir si de tels motifs existent comporte un volet objectif et un volet subjectif, en sorte qu'« [i] doit y avoir une croissance réelle de la part du poursuivant et cette croissance doit être raisonnable dans les circonstances » (*Nelles*, p. 193). Certes l'exigence est formulée de manière positive, mais il incombe clairement au demandeur de démontrer l'*absence* de motifs raisonnables et probables.

[59] Le présent pourvoi soulève deux questions en ce qui concerne le troisième élément constitutif du délit dans une action intentée contre un procureur de la Couronne. Premièrement, des précisions s'imposent sur le degré de croissance qui doit fonder la décision du poursuivant d'intenter ou de continuer une poursuite, car une incertitude paraît subsister à ce sujet. Deuxièmement, étant donné que l'existence de motifs raisonnables et probables ne tient pas à l'opinion personnelle du poursuivant concernant la culpabilité de l'accusé, mais à son appréciation professionnelle du fondement juridique de la poursuite, la question se pose de savoir si le troisième volet du critère doit s'attacher uniquement à l'existence ou à l'inexistence de motifs objectifs, de sorte que l'état d'esprit subjectif du poursuivant ne serait considéré qu'à la quatrième étape de l'analyse, celle relative à l'intention malveillante. J'examine d'abord le degré de croissance requis.

[60] Dans l'arrêt *Nelles*, à la p. 193, le juge Lamer fait sienne la définition des motifs raisonnables et probables du juge Hawkins dans *Hicks c. Faulkner*, à la p. 171, *conf.* par [1881-5] All E.R. Rep. 187 (C.A.), et dit ce qui suit :

Un motif raisonnable et probable a été décrit comme [TRADUCTION] « la croissance de bonne foi en la culpabilité de l'accusé, basée sur la certitude, elle-même fondée sur des motifs raisonnables, de l'existence d'un état de faits qui, en supposant qu'ils soient exacts, porterait raisonnablement tout homme normalement avisé

accuser, to the conclusion that the person charged was probably guilty of the crime imputed”. . . . [Emphasis added.]

This standard of belief is commonly referred to as the “probable guilt” standard.

[61] In *Proulx*, the Court elaborated on this standard, stating the following (at para. 31):

To say that a prosecutor must be convinced beyond a reasonable doubt of an accused person’s guilt before bringing charges is obviously incorrect. That is the ultimate question for the trier of fact, and not the prosecutor, to decide. However, in our opinion, the Crown must have sufficient evidence to believe that guilt could properly be proved beyond a reasonable doubt before reasonable and probable cause exists, and criminal proceedings can be initiated. A lower threshold for initiating prosecutions would be incompatible with the prosecutor’s role as a public officer charged with ensuring justice is respected and pursued. [Underlining added.]

[62] In the wake of *Proulx*, some commentators queried whether the Court’s elaboration of the “probable guilt” standard represented a shift away from the threshold established in *Nelles*, towards a higher standard akin to the “reasonable prospect of conviction” standard found in most Crown policy manuals across Canada: see, e.g., T. L. Archibald, “The Widening Net of Liability for Police and Public Officials in the Investigation of Crimes”, in T. L. Archibald and M. Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2001* (2002), 1, at p. 9. See also J. Pearson, “*Proulx* and Reasonable and Probable Cause to Prosecute” (2002), 46 C.R. (5th) 156.

[63] In my view, the distinction between the standards set out in *Nelles* and *Proulx* ensues from the fact that the tort of malicious prosecution predates the institution of public prosecutions. As stated earlier, principles established in suits between private parties cannot simply be transposed to cases involving Crown defendants without necessary modification. In *Wilson v. Toronto (Metropolitan) Police*

et prudent, à la place de l’accusateur, à croire que la personne inculpée était probablement coupable du crime en question ». . . [Je souligne.]

Il s’agit de ce qu’on appelle communément la norme de la « culpabilité probable ».

[61] Dans l’arrêt *Proulx*, la Cour apporte les précisions suivantes (par. 31) :

Il est manifestement incorrect d’affirmer que le poursuivant doit être convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l’accusé avant de porter des accusations contre lui. C’est la question que le juge des faits, et non le poursuivant, doit trancher en bout de ligne. Nous sommes toutefois d’avis que, pour qu’il existe des motifs raisonnables et probables et que des poursuites criminelles puissent être intentées, le ministère public doit avoir suffisamment d’éléments de preuve pour croire que la culpabilité pourrait être démontrée régulièrement hors de tout doute raisonnable. Un seuil moins élevé permettant l’introduction d’une poursuite serait incompatible avec le rôle du poursuivant en sa qualité de fonctionnaire chargé d’assurer le respect et la recherche de la justice. [Je souligne.]

[62] Par suite de cet arrêt, des auteurs se sont demandé si la norme de la « culpabilité probable » ne rompait pas avec le critère de l’arrêt *Nelles* au profit d’une norme plus stricte s’apparentant à celle de la « possibilité raisonnable d’une déclaration de culpabilité » dont font état la plupart des guides destinés aux procureurs de la Couronne au Canada : voir, p. ex., T. L. Archibald, « The Widening Net of Liability for Police and Public Officials in the Investigation of Crimes », dans T. L. Archibald et M. Cochrane, dir., *Annual Review of Civil Litigation, 2001* (2002), 1, p. 9; voir aussi J. Pearson, « *Proulx* and Reasonable and Probable Cause to Prosecute » (2002), 46 C.R. (5th) 156.

[63] À mon avis, la différence entre les normes établies dans les arrêts *Nelles* et *Proulx* découle de ce que le délit de poursuites abusives est antérieur aux poursuites criminelles publiques. Je le répète, les principes dégagés dans le cadre d’instances opposant des personnes privées ne peuvent pas simplement être appliqués aux instances auxquelles le ministère public est partie sans que



*Service*, [2001] O.J. No. 2434 (QL) (S.C.J.), a decision preceding *Proulx*, Dambrot J. rightly noted that the definition of reasonable and probable cause quoted in *Nelles* does not reflect the proper role of a modern Crown attorney. As he states, “when Hawkins J. formulated this definition [in *Hicks v. Faulkner*], he clearly did not have prosecuting counsel in mind” (para. 31). Dambrot J. expressed the view that, while the accuser’s *personal* belief in the probable guilt of the accused may be an appropriate standard in a private suit, it is not a suitable definition of the subjective element of reasonable and probable cause in an action for malicious prosecution against Crown counsel (para. 33). Although Dambrot J.’s decision is not referred to in *Proulx*, the Court’s elaboration of the standard in the latter reflects his concern in *Wilson*. As made plain in *Proulx*, the reasonable and probable cause inquiry is *not* concerned with a prosecutor’s personal views as to the accused’s guilt, but with his or her *professional* assessment of the legal strength of the case. Given the burden of proof in a criminal trial, belief in “probable” guilt therefore means that the prosecutor believes, based on the existing state of circumstances, that proof beyond a reasonable doubt could be made out in a court of law.

[64] As alluded to earlier, the standard found in most Crown policy manuals across the country governing the exercise of prosecutorial discretion to commence or continue a criminal proceeding is generally higher than the reasonable and probable cause requirement under the third element of the test for malicious prosecution. In Crown policy manuals, the initiation or continuation of a prosecution is generally not recommended unless there exists a reasonable prospect of conviction and it is in the public interest to pursue the criminal proceeding. It is within the realm of prosecutorial discretion to set appropriate standards and, as discussed above, the civil action is not a vehicle for embarking upon a judicial review of its exercise in particular cases.

les modifications qui s’imposent soient apportées. Dans la décision *Wilson c. Toronto (Metropolitan) Police Service*, [2001] O.J. No. 2434 (QL) (C.S.J.), antérieure à l’arrêt *Proulx*, le juge Dambrot signale avec justesse que la définition des motifs raisonnables et probables citée dans l’arrêt *Nelles* ne rend pas compte du véritable rôle dévolu de nos jours au procureur de la Couronne : [TRADUCTION] « lorsque le juge Hawkins a formulé cette définition [dans *Hicks c. Faulkner*], il ne pensait manifestement pas à l’avocat poursuivant » (par. 31). Selon lui, la croyance *personnelle* de l’accusateur à la culpabilité probable de l’accusé peut constituer une norme appropriée au civil, mais elle ne saurait correspondre à l’élément subjectif de l’existence de motifs raisonnables et probables dans une action pour poursuites abusives intentée contre un procureur de la Couronne (par. 33). La décision du juge Dambrot n’est pas mentionnée dans l’arrêt *Proulx*, mais la norme retenue dans ce dernier tient compte du problème qu’elle soulève. Dans l’arrêt *Proulx*, la Cour dit clairement que l’existence de motifs raisonnables et probables *ne* tient *pas* à l’opinion personnelle du poursuivant concernant la culpabilité de l’accusé, mais à son appréciation *professionnelle* du fondement juridique de la poursuite. Étant donné la norme de preuve applicable dans un procès criminel, pour le poursuivant, croire à la culpabilité « probable » signifie donc croire, au vu des circonstances existantes, que les faits reprochés pourraient être prouvés hors de tout doute raisonnable devant une cour de justice.

[64] Comme j’y ai déjà fait allusion, la norme relative à l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’engager ou de continuer une poursuite criminelle dont font état la plupart des guides destinés aux procureurs de la Couronne au Canada est généralement plus rigoureuse que celle des motifs raisonnables et probables correspondant au troisième volet du critère applicable en matière de poursuites abusives. Ces guides déconseillent généralement d’intenter une poursuite criminelle ou de la continuer lorsqu’il n’existe pas de possibilité raisonnable d’obtenir une déclaration de culpabilité et qu’il n’est pas dans l’intérêt public de poursuivre au pénal. L’établissement de normes appropriées relève du pouvoir discrétionnaire du ministère public et,

Accordingly, there is nothing discordant about a lower standard grounding civil liability.

[65] That reasonable and probable cause concerns a Crown prosecutor's professional, not personal, opinion on the merits of the case in question is an important aspect of the proper administration of justice. This issue was discussed at some length by the Honourable G. Arthur Martin, in *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) ("Martin Report"). I will only highlight some of the underlying concerns here.

[66] To require that a Crown prosecutor's decision to initiate a prosecution be based on the prosecutor's personal views about the guilt of the accused would run counter to the impartial and *quasi*-judicial role of the prosecutor: *Boucher*. The Martin Report, at p. 70, explained as follows:

If only those cases were prosecuted in which Crown counsel firmly believed in the guilt of the accused, the settled notion that "the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction" may well be compromised in practice by prosecutors who, having formed the opinion that the accused is guilty, would therefore see it as their duty to obtain a conviction.

[67] Conversely, where sufficient cause exists from a purely legal standpoint, the Crown prosecutor who harbours personal doubt about the guilt of the accused cannot substitute his or her own views for those of the judge or jury in making the threshold decision to go forward with a prosecution. The Martin Report explains as follows, at pp. 71-72:

Crown counsel need not and ought not to be substituting his or her own views for those of the trial judge or jury, who are the community's decision makers. It cannot be forgotten that much of the public's confidence in the administration of justice is attributable to the trial court process that ensures that justice is not only done,

je le répète, l'action civile ne saurait se prêter au contrôle judiciaire de l'exercice de ce pouvoir dans un cas donné. En conséquence, il n'y a rien de discordant à ce qu'une norme moins rigoureuse s'applique à la responsabilité civile.

[65] Le fait que l'existence de motifs raisonnables et probables tient à l'opinion professionnelle, et non personnelle, du poursuivant quant au bien-fondé de la poursuite contribue pour beaucoup à la saine administration de la justice. L'ancien juge G. Arthur Martin approfondit la question dans *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (le « Rapport Martin »). Je ne mettrai en relief que quelques-unes des préoccupations soulevées en l'espèce.

[66] Exiger que la décision d'engager une poursuite repose sur l'opinion personnelle du procureur de la Couronne quant à la culpabilité de l'accusé va à l'encontre de l'impartialité du poursuivant et de la nature *quasi* judiciaire de sa charge : arrêt *Boucher*. Le Rapport Martin en donne l'explication à la p. 70 :

[TRADUCTION] Si une poursuite n'était intentée que lorsque le procureur de la Couronne croit fermement à la culpabilité de l'accusé, l'idée généralement admise que « l'objectif d'une poursuite criminelle n'est pas l'obtention d'une déclaration de culpabilité » pourrait bien être remise en cause dans les faits par un poursuivant qui, convaincu de la culpabilité de l'accusé, considérerait qu'il est de son devoir d'obtenir une déclaration de culpabilité.

[67] À l'inverse, lorsque des motifs suffisants existent du point de vue strictement juridique, le procureur de la Couronne qui a personnellement des doutes sur la culpabilité de l'accusé ne peut se substituer au juge ou au jury pour décider initialement de poursuivre ou non. Voici la justification apportée dans le Rapport Martin, aux p. 71-72 :

[TRADUCTION] Le procureur de la Couronne n'a pas à substituer son opinion personnelle à celle du juge ou du jury, auxquels il revient de rendre une décision au nom de la collectivité. Et il devrait s'en abstenir. Il ne faut pas oublier que la confiance du public dans l'administration de la justice repose en grande partie

but is seen to be done . . . . Granting Crown counsel the power to initiate or discontinue prosecutions based on a subjective assessment of whether or not the accused is guilty would, in some circumstances, be tantamount to replacing these open, impartial, and community-based processes with the unexplained, unreviewable decisions of prosecutorial officials who have no direct accountability to the public.

[68] The reasonable and probable cause requirement in the civil action for malicious prosecution is intended to weed out those cases where there was a basis for invoking the criminal process. As Sopinka J. noted:

The rationale of tort action for damages for malicious prosecution is that the court's process has been abused by wrongfully invoking the law on a criminal charge. The tort has been restricted, however, to ensure that criminals can be brought to justice without making prosecutors fear an action for damages if a prosecution fails.

(J. Sopinka, "Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: *Nelles v. Ontario: R. v. Jedyneck: R. v. Simpson*" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 366, at p. 367)

[69] This brings us to the question of whether the inquiry into the prosecutor's subjective state of belief properly belongs at the third stage of the test where the action is taken against a Crown attorney. For the reasons that follow, I conclude that it does not. Again here, we must be careful not to transpose principles developed in an era that predates the institution of public prosecutions without making the necessary modifications. The difficulty that arises is the following.

[70] As stated earlier, it is well established that the reasonable and probable cause requirement for instituting a prosecution has both a subjective and an objective component. As a matter of logic, it therefore follows that the plaintiff, who bears the burden of showing an *absence* of reasonable and probable cause, would succeed by showing *either* an absence of subjective belief *or* an absence of objective reasonable grounds. While there is no clear precedent

sur le processus judiciaire, qui veille non seulement à ce qu'il y ait justice, mais aussi apparence de justice [. . .] Investir le procureur de la Couronne du pouvoir d'engager ou d'abandonner une poursuite selon sa croyance subjective à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé reviendrait, dans certaines circonstances, à remplacer ce processus transparent, impartial et axé sur la collectivité, par la décision non justifiée et non susceptible de contrôle d'un représentant du ministère public qui n'est pas directement comptable de ses actes au public.

[68] Aux fins de l'action civile pour poursuites abusives, l'exigence de motifs raisonnables et probables vise à écarter les cas où l'enclenchement du processus criminel était justifié. Comme le dit le juge Sopinka :

[TRADUCTION] La raison d'être de l'action délictuelle en dommages-intérêts pour poursuites abusives réside dans l'abus du processus judiciaire par le recours injustifié à la loi pour les besoins d'une accusation criminelle. Toutefois, le délit est défini de manière restrictive afin que le poursuivant puisse traduire un criminel en justice sans craindre d'être poursuivi en dommages-intérêts s'il n'obtient pas de déclaration de culpabilité.

(J. Sopinka, « Malicious Prosecution : Invasion of Charter Interests : Remedies : *Nelles v. Ontario : R. v. Jedyneck : R. v. Simpson* » (1995), 74 *R. du B. can.* 366, p. 367)

[69] Dès lors, la question est celle de savoir si le degré de croyance subjective du poursuivant relève à juste titre du troisième volet du critère dans une action intentée contre un procureur de la Couronne. Pour les motifs qui suivent, je conclus par la négative. Encore une fois, il faut se garder d'appliquer les principes dégagés à une époque antérieure à la création du système de poursuites pénales publiques sans faire les adaptations nécessaires. La difficulté qui se présente est la suivante.

[70] Je le rappelle, il est bien établi que les motifs raisonnables et probables requis pour intenter une poursuite ont deux composants, l'un subjectif, l'autre objectif. Il s'ensuit donc logiquement que le demandeur, à qui il incombe de prouver l'*absence* de motifs raisonnables et probables, y parvient en établissant *soit* l'absence de croyance subjective à l'existence de motifs raisonnables, *soit* l'absence objective de motifs raisonnables. Bien qu'aucune

to that effect in Canadian case law, the weight of precedent in England and other common law jurisdictions supports that proposition. See, e.g., *Glinski v. McIver*, [1962] 1 All E.R. 696 (H.L.), at pp. 721-22; *A v. State of New South Wales*, [2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693; *Marley v. Mitchell* (1988), [2006] N.Z.A.R. 181 (C.A.).

[71] That the plaintiff should succeed at the third stage upon showing an absence of objective grounds, even though the prosecutor believed they existed, is consistent with the rationale underlying the third element of the tort. A pure subjective belief in a person's guilt without any basis in actual fact can hardly constitute sufficient justification for initiating a criminal prosecution against the plaintiff. That the plaintiff should also succeed at the third stage upon showing that the prosecutor did not believe there was reasonable and probable cause (even though, objectively, such cause did exist at the time) is not so easily rationalized. In the context of a public prosecution, it requires further discussion.

[72] As we have seen, historically cases of malicious prosecution involved disputes between private litigants. In that context, a case can be made that the absence of a subjective belief, regardless of the actual facts, should satisfy the third element of the tort. As one author aptly puts it, in establishing the "absence of reasonable and probable cause operating on the mind of the defendant", "[s]ometimes a case may be made out, whatever the state of facts may be, by means of evidence that the defendant did not believe in the justice of his own prosecution, for if there is so, there is no reasonable and probable cause for *him*": *Clerk & Lindsell on Torts*, at p. 981 (emphasis in original). In the absence of the requisite subjective belief, the private prosecutor, who is not charged with the execution of any public duty, has no reason for invoking the criminal process against the plaintiff and hence no defence left on the third element of the tort.

[73] The prosecutor's mere lack of subjective belief in sufficient cause, where objective

décision de justice canadienne ne le confirme clairement, la jurisprudence anglaise et celle d'autres ressorts de common law vont dans ce sens. Voir, p. ex., *Glinski c. McIver*, [1962] 1 All E.R. 696 (H.L.), p. 721-722; *A c. State of New South Wales*, [2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693; *Marley c. Mitchell* (1988), [2006] N.Z.A.R. 181 (C.A.).

[71] La possibilité que le demandeur satisfasse au troisième volet du critère s'il établit l'absence de motifs objectifs, même lorsque le poursuivant croyait à leur existence, est compatible avec la raison d'être du troisième élément constitutif du délit. La croyance purement subjective à la culpabilité qui n'est pas étayée par les faits ne saurait justifier la mise en branle du processus pénal. La possibilité que le demandeur puisse également franchir la troisième étape de l'analyse s'il montre que le poursuivant ne croyait pas à l'existence de motifs raisonnables et probables (même lorsque, objectivement, de tels motifs existaient bel et bien au moment considéré) ne va pas autant de soi. Dans le contexte d'une poursuite pénale publique, une analyse plus approfondie s'impose.

[72] Nous l'avons vu, les affaires de poursuites abusives opposaient à l'origine des personnes privées. Dans ce contexte, on peut soutenir que l'absence de croyance subjective, indépendamment des faits réels, satisfait au troisième volet du critère. Comme le dit fort opportunément un auteur, s'agissant de [TRADUCTION] « l'inexistence de motifs raisonnables et probables agissant dans l'esprit du défendeur », « [o]n peut parfois en faire la preuve, quels que soient les faits, en établissant que le défendeur ne croyait pas au bien-fondé de sa poursuite, car en ce cas, il n'existe pas pour *lui* de motifs raisonnables et probables » : *Clerk & Lindsell on Torts*, p. 981 (en italique dans l'original). À défaut de la croyance subjective requise, le poursuivant privé, qui n'est tenu à aucune obligation découlant d'une charge publique, n'est pas justifié d'enclencher le processus pénal contre le demandeur et ne peut donc invoquer aucun moyen de défense à la troisième étape de l'analyse.

[73] Dans le contexte d'une poursuite publique, la seule absence de croyance subjective du

reasonable grounds do in fact exist, cannot provide the same determinative answer on the third element in the context of a public prosecution. Unlike the situation in a purely private dispute, the public interest is engaged in a public prosecution and the Crown attorney is duty-bound to act solely in the public interest in making the decision whether to initiate or continue a prosecution. Consequently, where objective reasonable grounds did in fact exist at the relevant time, it cannot be said that the criminal process was wrongfully invoked. Further, as discussed above, the decision to initiate or continue the prosecution may not entirely accord with the individual prosecutor's personal views about a case as Crown counsel must take care not to substitute his or her own views for that of the judge or the jury. Therefore, in the context of a public prosecution, the third element of the test necessarily turns on an objective assessment of the existence of sufficient cause. As we shall see, the presence or absence of the prosecutor's subjective belief in sufficient cause is nonetheless a relevant factor on the fourth element of the test, the inquiry into malice.

[74] The Court's analysis in *Nelles* lends further support to the conclusion that the third element of the tort turns on the objective assessment of reasonable and probable cause. Unlike the question of subjective belief, which is a question of fact, the objective existence or absence of grounds is a question of law to be decided by the judge: *Nelles*, at p. 193. As noted in *Nelles* (at p. 197), the fact that the absence of reasonable and probable cause is a question of law means "that an action for malicious prosecution can be struck before trial as a matter of substantive inadequacy", or on a motion for summary judgment. These mechanisms are important "to ensure that frivolous claims are not brought" (*Nelles*, at p. 197). In some provinces, the ultimate decision as to whether or not there was reasonable and probable cause for instituting the prosecution is reserved by statute for the trier of fact: see, e.g., *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 108(10), and *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 3(5). Nonetheless, in the absence of any express provision to the contrary, the question whether there is

poursuivant à l'existence de motifs suffisants, alors que des motifs raisonnables objectifs existent, ne permet pas de conclure de manière aussi définitive au respect du troisième volet du critère applicable. À la différence d'un litige purement privé, la poursuite qu'intente le ministère public engage l'intérêt public et le procureur de la Couronne a le devoir d'agir dans ce seul intérêt lorsqu'il décide d'intenter ou de continuer une poursuite. En conséquence, lorsqu'il existait de fait des motifs raisonnables objectifs au moment considéré, on ne peut dire qu'il y a eu enclenchement abusif du processus criminel. De plus, nous l'avons vu, la décision d'intenter la poursuite ou de la continuer peut ne pas être en parfaite adéquation avec l'opinion personnelle de l'avocat de la Couronne, lequel doit se garder de substituer son avis à celui du juge ou du jury. Dans le cas d'une poursuite publique, la troisième étape de l'analyse s'entend donc forcément d'une appréciation objective de l'existence de motifs suffisants. Nous le verrons, la croyance ou la non-croyance subjective du poursuivant à l'existence de tels motifs constitue néanmoins un facteur pertinent à la quatrième étape, celle de détermination d'une intention malveillante.

[74] L'analyse de la Cour dans l'arrêt *Nelles* vient étayer la conclusion que le troisième volet du critère vise l'existence ou l'inexistence objective de motifs raisonnables et probables. Contrairement à celle de la croyance subjective, qui est une question de fait, l'existence ou l'inexistence objective de motifs raisonnables et probables est une question de droit qui ressortit au juge (*Nelles*, p. 193), de sorte que, comme le signale la Cour dans l'arrêt *Nelles* (à la p. 197), « une action pour poursuites abusives peut être radiée pour absence de fondement suffisant » ou sur requête pour jugement sommaire. Ces mécanismes sont importants « pour prévenir les actions frivoles » (*Nelles*, p. 197). Dans certaines provinces, la loi confie au juge des faits le soin de se prononcer sur l'existence de motifs raisonnables et probables d'engager la poursuite : voir, p. ex., la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, par. 108(10), et la *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, par. 3(5). Néanmoins, en l'absence d'une disposition expresse contraire, la question de savoir si la preuve est suffisante pour être présentée à un

a sufficient case to be put to the jury will remain a matter to be determined by the judge as a matter of law, in accordance with the respective roles of the judge and the jury. Therefore, factual inadequacy in a motion to strike a pleading or on a motion for summary judgment can still form a basis for the pre-trial striking of the pleading or the dismissal of the action, even where the ultimate determination of the issue may be expressly reserved by statute to the jury. See, e.g., *Wilson, per Dambrot J.*

[75] If the court concludes, on the basis of the circumstances known to the prosecutor at the relevant time, that reasonable and probable cause existed to commence or continue a criminal prosecution from an objective standpoint, the criminal process was properly employed, and the inquiry need go no further. See, e.g., *Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche* (1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at paras. 11-13.

[76] In carrying out the objective assessment, care must be taken in retroactively reviewing the facts actually known to the prosecutor at the relevant time — that is, when the decision to initiate or continue the proceeding was made. The reviewing court must be mindful that many aspects of a case only come to light during the course of a trial: witnesses may not testify in accordance with their earlier statements; weaknesses in the evidence may be revealed during cross-examination; scientific evidence may be proved faulty; or defence evidence may shed an entirely different light on the circumstances as they were known at the time process was initiated.

[77] If a judge determines that no objective grounds for the prosecution existed at the relevant time, the court must next inquire into the fourth element of the test for malicious prosecution: malice.

#### 4.5 *Malice: A Primary Purpose Other Than Carrying the Law Into Effect*

[78] The malice element of the test for malicious prosecution considers a defendant prosecutor's

jury demeure une question de droit relevant du juge, conformément aux rôles respectifs du juge et du jury. Par conséquent, dans le cadre d'une requête en radiation ou pour jugement sommaire, l'insuffisance des faits peut encore fonder la radiation d'un acte de procédure avant le procès ou le rejet de l'action, même lorsque la loi prévoit expressément que la décision finale sur ce point appartient au jury. Voir à titre d'exemple la décision *Wilson* (le juge Dambrot).

[75] Si, compte tenu des faits connus du poursuivant au moment considéré, le tribunal conclut qu'il existait objectivement des motifs raisonnables et probables d'engager ou de continuer une poursuite pénale, le recours au processus criminel était légitime, et l'examen prend fin : voir, p. ex., *Al's Steak House & Tavern Inc. c. Deloitte & Touche* (1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 11-13.

[76] Lors de l'appréciation objective, le tribunal doit considérer rétrospectivement les faits dont a réellement tenu compte le poursuivant au moment de prendre la décision d'engager ou de continuer la poursuite. Il doit se rappeler que bon nombre de facettes d'une affaire ne se révèlent qu'au procès : un témoin peut contredire une déclaration antérieure, un contre-interrogatoire peut mettre en lumière une faille de la preuve, des données scientifiques mises en preuve peuvent se révéler erronées et un élément de preuve présenté en défense peut faire apparaître sous un jour totalement différent des faits connus au moment d'engager la poursuite.

[77] Le tribunal qui conclut à l'inexistence objective de motifs à l'époque pertinente doit ensuite examiner le quatrième volet du critère applicable aux poursuites abusives, celui de l'intention malveillante.

#### 4.5 *Malveillance : Poursuite engagée essentiellement à une autre fin que celle de l'application de la loi*

[78] Pour les besoins du critère permettant de conclure au caractère abusif d'une poursuite, le

mental state in respect of the prosecution at issue. Malice is a question of fact, requiring evidence that the prosecutor was impelled by an “improper purpose”. In *Nelles*, Lamer J. explained the meaning of “improper purpose” in this context (at pp. 193-94):

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. In fact, in some cases this would seem to amount to criminal conduct. [Emphasis in original.]

[79] In order to prove malice, a plaintiff must, in accordance with *Nelles*, bring evidence that the defendant Crown was acting pursuant to an improper purpose inconsistent with the office of the Crown attorney. As we have seen, in deciding whether to initiate or continue a prosecution, the prosecutor must assess the legal strength of the case against the accused. The prosecutor should invoke the criminal process only where he or she believes, based on the existing state of circumstances, that proof beyond a reasonable doubt could be made out in a court of law. It follows that, if the court concludes that the prosecutor initiated or continued the prosecution based on an *honest*, albeit mistaken, professional belief that reasonable and probable cause did in fact exist, he or she will have acted for the proper purpose of carrying the law into effect and the action must fail.

[80] The inverse proposition, however, is not true. The absence of a subjective belief in sufficient grounds, while a relevant factor, does not equate with malice. It will not always be possible for a plaintiff to adduce direct evidence of the prosecutor’s lack of belief. As is often the case, a state of mind may be inferred from other facts. In

volet de la malveillance s’attache à l’état d’esprit du poursuivant défendeur. La malveillance est une question de fait, et le poursuivant doit avoir été motivé par un « but illégitime ». Dans l’arrêt *Nelles*, le juge Lamer précise ce qu’est un « but illégitime » dans ce contexte (p. 193-194) :

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. En fait il semble que, dans certains cas, cela équivaille à une conduite criminelle. [Souligné dans l’original.]

[79] Suivant l’arrêt *Nelles*, pour établir la malveillance, le demandeur doit prouver que le procureur de la Couronne était mû par un but illégitime incompatible avec sa charge. Rappelons que pour décider d’engager ou de continuer une poursuite, le poursuivant doit soupeser la preuve dont il dispose contre l’accusé. Il ne doit enclencher le processus criminel que s’il croit, au vu des circonstances alors connues, que les faits reprochés pourraient être prouvés hors de tout doute raisonnable devant une cour de justice. Partant, si le tribunal conclut que le poursuivant a engagé la poursuite ou l’a continuée sur la foi de sa croyance professionnelle *sincère*, mais erronée, à l’existence de motifs raisonnables et probables, la mesure a été prise dans le but légitime de faire appliquer la loi, en sorte que l’action est vouée à l’échec.

[80] L’inverse n’est toutefois pas vrai. L’absence de croyance subjective à l’existence de motifs suffisants, bien qu’elle constitue un facteur pertinent, n’équivaut pas à de la malveillance. Le demandeur n’est pas toujours en mesure de prouver directement l’absence de croyance du poursuivant. Souvent, l’état d’esprit de l’intéressé peut s’inférer d’autres

appropriate circumstances, for example when the existence of objective grounds is woefully inadequate, the absence of a subjective belief in the existence of sufficient grounds may well be inferred. However, even if the plaintiff should succeed in proving that the prosecutor did *not* have a subjective belief in the existence of reasonable and probable cause, this does not suffice to prove malice, as the prosecutor's failure to fulfill his or her proper role may be the result of inexperience, incompetence, negligence, or even gross negligence, none of which is actionable: *Nelles*, at p. 199; *Proulx*, at para. 35. Malice requires a plaintiff to prove that the prosecutor *wilfully* perverted or abused the office of the Attorney General or the process of criminal justice. The third and fourth elements of the tort must not be conflated.

[81] As discussed earlier, a demonstrable "improper purpose" is the key to maintaining the balance struck in *Nelles* between the need to ensure that the Attorney General and Crown prosecutors will not be hindered in the proper execution of their important public duties and the need to provide a remedy to individuals who have been wrongly and maliciously prosecuted. By requiring proof of an improper purpose, the malice element of the tort of malicious prosecution ensures that liability will not be imposed in cases where a prosecutor proceeds, absent reasonable and probable grounds, by reason of incompetence, inexperience, poor judgment, lack of professionalism, laziness, recklessness, honest mistake, negligence, or even gross negligence. In *Nelles*, Lamer J. stated, at pp. 196-97:

It should be noted that what is at issue here [in a suit for malicious prosecution] is not the exercise of a prosecutor's discretion within the proper sphere of prosecutorial activity as defined by his role as a "minister of justice". Rather, in cases of malicious prosecution we are dealing with allegations of misuse and abuse of the criminal process and of the office of the Crown Attorney. We are not dealing with merely second-guessing a Crown Attorney's judgment in the prosecution of a case but rather with the deliberate and malicious use of the office for ends that are improper

faits. Dans certaines circonstances, notamment lorsque des motifs objectifs font cruellement défaut, on peut fort bien en inférer que le poursuivant ne croyait pas subjectivement à l'existence de motifs suffisants. Toutefois, même si le demandeur réussit à prouver que le poursuivant *ne croyait pas* subjectivement à l'existence de motifs raisonnables et probables, il ne prouve pas pour autant la malveillance, car l'omission du poursuivant de s'acquitter de ses fonctions peut découler de son inexpérience, de son incompetence, de sa négligence, voire de sa négligence grave, et aucune de ces causes ne confère de recours : *Nelles*, p. 199; *Proulx*, par. 35. Pour 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. Il faut se garder de fondre en un seul les troisième et quatrième volets.

[81] Rappelons que l'existence d'un « but illégitime » démontrable est essentielle au maintien de l'équilibre établi dans l'arrêt *Nelles* entre deux nécessités : celle que le procureur général et les procureurs de la Couronne puissent bien s'acquitter de leurs fonctions publiques importantes et celle que les personnes poursuivies à tort et abusivement disposent d'un recours. L'exigence d'un but illégitime pour qu'il y ait malveillance écarte la responsabilité civile du poursuivant qui a engagé la poursuite sans motifs raisonnables et probables à cause de son incompetence, de son inexpérience, de son manque de discernement ou de professionnalisme, de sa paresse, de son insouciance, de son erreur de bonne foi, de sa négligence ou même de sa négligence grave. Dans l'arrêt *Nelles*, le juge Lamer dit (p. 196-197) :

Notons que ce dont il s'agit ici [dans une action pour poursuites abusives] n'est pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un poursuivant dans sa sphère légitime d'activité, telle que définie par son rôle de « représentant de la justice ». En effet, dans des cas de poursuites abusives il s'agit plutôt d'allégations d'abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne. Il ne s'agit pas d'une simple évaluation rétrospective de la sagesse de la décision du procureur de la Couronne d'engager des poursuites; mais plutôt l'exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour



and inconsistent with the traditional prosecutorial function. [Emphasis added.]

[82] The test was reiterated in *Proulx* (para. 35). The circumstances in *Proulx* provide an example of a prosecution motivated by an improper purpose sufficient to ground liability for malicious prosecution. The circumstances can be briefly summarized as follows.

[83] In *Proulx*, Crown counsel concluded in 1986 that there did not exist sufficient evidence to prosecute Proulx for the murder, and the case was closed. Five years later, in the midst of a widely publicized defamation action launched by Proulx against a radio station and a retired police officer who had worked on his case, the prosecutor was advised by the defendants in the defamation case of a potential new identification witness. The prosecutor added the retired police officer to the prosecution team notwithstanding that he was a defendant in the defamation action, reopened the file and went ahead with the prosecution of Proulx for murder. The Crown attorney was aware of the retired police officer's involvement in the defamation action but allowed him to gather evidence against Proulx without restriction. Proulx was convicted. The conviction was reversed on appeal and an acquittal entered, with the court strongly criticizing the lack of credible evidence. Proulx then launched a malicious prosecution action against the Crown attorney.

[84] Writing for the majority, Iacobucci and Binnie JJ. began with the proposition from *Nelles* that malice involves “serious allegations, which relate to the misuse and abuse of the criminal process and the office of the Crown Attorney” (para. 35). They found that the evidence demonstrated the improper mixing of public and private business and that the prosecutor had knowingly manipulated evidence before the jury and prosecuted Proulx with “an active effort to obtain a conviction at any price” (para. 41). They therefore concluded that the prosecutor lent his office to a defence strategy in a defamation case, which was a perversion of the powers

des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant. [Je souligne.]

[82] Le critère est repris dans l'arrêt *Proulx* (par. 35) dans le cas d'une poursuite motivée par un but illégitime suffisant pour conclure au caractère abusif de la poursuite et à la responsabilité civile du poursuivant. Voici un résumé des faits.

[83] En 1986, un procureur de la Couronne avait déterminé qu'il n'existait pas de preuve suffisante pour accuser M. Proulx de meurtre, et il avait clos le dossier. Cinq ans plus tard, les défendeurs à l'action en libelle diffamatoire très médiatisée intentée par M. Proulx contre une station de radio et un policier à la retraite qui avait pris part à l'enquête avaient informé le substitut du procureur général de l'existence d'un nouveau témoin susceptible de fournir une preuve d'identification. Le substitut avait intégré l'ancien policier à l'équipe chargée de la poursuite criminelle même s'il était partie défenderesse à l'action en diffamation, il avait rouvert le dossier et avait décidé d'accuser M. Proulx de meurtre. Il savait que le policier retraité était poursuivi pour diffamation, mais il lui avait permis de recueillir des éléments de preuve contre M. Proulx sans fixer de limites à cet égard. Monsieur Proulx avait été reconnu coupable. La Cour d'appel avait annulé la déclaration de culpabilité et acquitté l'accusé. Elle a également critiqué sévèrement l'absence de preuve crédible. Monsieur Proulx avait alors intenté une action pour poursuites abusives contre le substitut du procureur général.

[84] Au nom des juges majoritaires de notre Cour, les juges Iacobucci et Binnie se sont d'abord reportés à l'arrêt *Nelles*, où la Cour avait affirmé que la malveillance suppose des « allégations graves ayant trait à l'abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne » (par. 35). À leur avis, il ressortait de la preuve que le substitut avait indûment amalgamé une affaire d'intérêt public et une affaire d'intérêt privé, qu'il avait sciemment trafiqué la preuve présentée au jury et que la mise en accusation de M. Proulx s'inscrivait dans « un effort conscient en vue d'obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix » (par. 41). Ils

of the office of the Crown and an abuse of his prosecutorial power, holding (at para. 43):

In our opinion, this juxtaposition of events shows the importance of the prosecutor's duty not to allow the criminal process to be used as a vehicle to serve other ends, in this case the ends of Arthur and Tardif in attempting to defend against the appellant's defamation action. The Crown made the decision to prosecute with the full knowledge that prosecuting the appellant would potentially assist the defendants in the defamation actions. This was thus more than a simple abdication of prosecutorial responsibilities to the police or, in the case of Tardif, to a former police officer. Rather, the prosecutor lent his office to a defence strategy in the defamation suits and, in so doing, was compromised by Tardif's manipulation of the evidence and the irregularities that took place during the 1991 investigation process. [Emphasis added.]

[85] The court must consider the relevant evidence and decide whether, on a balance of probabilities, the prosecutor was in fact motivated by an improper purpose. Consistent with the approach courts must take in every case, this requires an assessment of the “totality of all the circumstances” (*Proulx*, at para. 37). The need to consider the “totality of all the circumstances” does not mean that the court is to embark on a second-guessing of every decision made by the prosecutor during the course of the criminal proceedings. It simply means that a court shall review all evidence related to the prosecutor's state of mind, including any evidence of lack of belief in the existence of reasonable and probable cause, in deciding whether the prosecution was in fact fuelled by an improper purpose, as alleged.

[86] Evidence of the prosecutor's lack of subjective belief in reasonable and probable cause may assist in proving that the prosecution was driven by an improper purpose. However, for the reasons explained earlier, malice cannot simply be inferred from a finding of absence of belief in reasonable and probable cause alone, as the latter is equally consistent with prosecutorial conduct that is not

ont donc conclu que le substitut avait mis ses pouvoirs au service de la stratégie de la défense dans l'action en libelle diffamatoire, dénaturant ainsi le rôle du ministère public et abusant de son pouvoir en matière de poursuites (par. 43) :

Nous sommes d'avis que cette juxtaposition d'événements démontre l'importance de l'obligation qu'a le poursuivant de ne pas permettre que le processus pénal soit utilisé comme instrument servant à d'autres fins, en l'occurrence les fins que poursuivaient Arthur et Tardif en essayant de se défendre contre l'action en libelle diffamatoire de l'appelant. Le ministère public a pris la décision de poursuivre l'appelant en sachant fort bien que cette poursuite était susceptible d'aider les défendeurs dans le cadre de l'action en libelle diffamatoire. Il s'agissait de bien plus que d'un simple abandon des responsabilités du substitut en faveur de la police ou, dans le cas de Tardif, en faveur d'un ancien policier. En effet, le substitut a mis ses pouvoirs au service de la stratégie de la défense dans l'action en libelle diffamatoire et s'est ainsi trouvé compromis par la façon dont Tardif a manipulé la preuve et par les irrégularités qui se sont produites au cours du processus d'enquête de 1991. [Je souligne.]

[85] Le tribunal doit examiner la preuve pertinente et déterminer, suivant la prépondérance des probabilités, si le poursuivant était en fait motivé par un but illégitime. Comme dans toute affaire, il lui faut alors apprécier « l'ensemble des circonstances » (*Proulx*, par. 37), ce qui ne signifie pas qu'il doit mettre en doute chacune des décisions du poursuivant prises au cours de l'instance criminelle. Il doit simplement examiner tous les éléments de preuve touchant à l'état d'esprit du poursuivant, dont toute preuve d'absence de croyance à l'existence de motifs raisonnables et probables, pour déterminer si, comme l'allègue le demandeur, la poursuite était en fait motivée par un but illégitime.

[86] La preuve de l'absence de croyance subjective du poursuivant à l'existence de motifs raisonnables et probables peut contribuer à démontrer que la poursuite était motivée par un but illégitime. Toutefois, pour les raisons exposées précédemment, la malveillance ne peut s'inférer de la seule conclusion selon laquelle le poursuivant ne croyait pas à l'existence de motifs raisonnables

actionable. Care must be taken not to transpose principles derived in the context of private prosecutions, where an inference of malice from absence of cause does not carry the same difficulties, to cases involving Crown defendants. I will explain.

[87] As noted above, the tort of malicious prosecution was born in the context of prosecutions between private parties, and the malice component of the tort developed accordingly. In many of the historical cases, the parties in a malicious prosecution action had a pre-existing relationship, and the surrounding circumstances were such that it was possible to infer an improper motive from the groundlessness of the prosecution alone: see, e.g., *Jewhurst* (prosecution initiated to collect a pre-existing debt); *Gabler* (prosecutor sought to take physical possession of an office); and *Love* (prosecution commenced to procure the value or return of a cow). As a result, courts in early cases of malicious prosecution were prepared to infer malice from a finding that the prosecution was initiated absent reasonable and probable grounds. Indeed, the circumstances of these cases easily gave rise to the question: why else would a private person initiate a prosecution based entirely on facts not believed to be true, or worse still, known to be false?

[88] While it may have made sense in the context of historical private prosecutions to infer malice from absence of reasonable and probable cause in certain circumstances, a public prosecution presents a very different context. A finding of absence of reasonable and probable grounds on the objective standard is entirely equivocal in terms of a Crown prosecutor's purpose, particularly given that reasonable prosecutors may differ on whether a certain body of evidence rises to the requisite threshold. Likewise, a conclusion that a prosecutor lacked a subjective belief in sufficient cause but proceeded anyways is equally consistent with non-actionable conduct as with an improper purpose.

et probables, puisque celle-ci peut également être tirée à l'égard d'un comportement qui ne confère aucun droit d'action. Il faut se garder d'appliquer les principes issus d'affaires opposant des personnes privées, où la malveillance inférée de l'absence de motifs ne soulève pas les mêmes difficultés, aux affaires auxquelles le ministère public est partie défenderesse. Je m'explique.

[87] On l'a vu, le délit de poursuites abusives a vu le jour dans le contexte de poursuites opposant des particuliers, et l'élément constitutif de la malveillance a évolué en conséquence. Dans bon nombre d'affaires anciennes de poursuites abusives, un lien existait entre les parties avant les faits en cause et les circonstances se prêtaient à l'inférence d'une intention malveillante à partir de l'absence de motifs de poursuivre : voir, p. ex., *Jewhurst* (poursuite intentée pour recouvrer une créance préexistante), *Gabler* (poursuite relative à la prise de possession d'un bureau) et *Love* (poursuite relative au recouvrement du prix d'une vache ou à la restitution de celle-ci). Dans ces premières affaires de poursuites abusives, les tribunaux qui concluaient à l'absence de motifs raisonnables et probables de poursuivre étaient donc disposés à en inférer l'intention malveillante. D'ailleurs, dans les circonstances de ces affaires, on pouvait aisément se demander pour quelle autre raison une personne privée aurait été à l'origine d'une poursuite reposant entièrement sur des faits auxquels elle n'ajoutait pas foi ou, pis encore, qu'elle savait faux.

[88] Même si, dans le contexte de ces affaires antérieures opposant des personnes privées, il a pu être justifié d'inférer la malveillance de l'absence de motifs raisonnables et probables dans certaines circonstances, une poursuite publique s'inscrit dans un tout autre contexte. La conclusion qu'il n'existait pas objectivement de motifs raisonnables et probables n'est pas du tout concluante pour ce qui est du but qui animait le procureur de la Couronne, d'autant plus que des procureurs raisonnables peuvent différer d'avis sur la justification d'une poursuite au regard d'un ensemble d'éléments de preuve donné. Aussi, la conclusion que le poursuivant est allé de l'avant même s'il ne

To permit an inference of malice from absence of reasonable and probable grounds alone would nullify the very purpose of the malice requirement in an action for malicious prosecution and risk subjecting Crown prosecutors to liability when they err within the boundaries of their proper role as “ministers of justice”.

[89] In summary, the malice element of the test for malicious prosecution will be made out when a court is satisfied, on a balance of probabilities, that the defendant Crown prosecutor commenced or continued the impugned prosecution with a purpose inconsistent with his or her role as a “minister of justice”. The plaintiff must demonstrate on the totality of the evidence that the prosecutor deliberately intended to subvert or abuse the office of the Attorney General or the process of criminal justice such that he or she exceeded the boundaries of the office of the Attorney General. While the absence of a subjective belief in reasonable and probable cause is relevant to the malice inquiry, it does not dispense with the requirement of proof of an improper purpose.

[90] I now turn to the facts of the present appeal.

##### 5. Application to This Case

[91] As stated earlier, the Court of Appeal was unanimous in concluding that the trial judge erred in attributing malice to Miazga on the basis of facts he viewed as “strong indicators of malice”. The court found that the trial judge’s conclusions in this regard were based on erroneous assumptions, errors in law, or were unsupported by the evidence. For the reasons given by the Court of Appeal below, I agree that the trial judge’s “indicators of malice” find no support in law or on the record. It is also my respectful view that the approach adopted by the trial judge in his review of Miazga’s conduct of the

croyait pas subjectivement à l’existence de motifs suffisants de le faire peut être tirée à l’égard d’un comportement ne conférant pas de droit d’action tout autant qu’à l’égard d’actes motivés par un but illégitime. Permettre d’inférer la malveillance de la seule absence de motifs raisonnables et probables supprimerait la raison d’être même de l’exigence de l’intention malveillante en matière de poursuites abusives et risquerait d’engager la responsabilité civile du procureur de la Couronne qui commet une erreur dans les limites de son rôle légitime de « représentant de la justice ».

[89] En résumé, le volet malveillance du critère applicable dans une affaire de poursuites abusives est respecté lorsque le tribunal conclut, suivant la prépondérance des probabilités, que le procureur de la Couronne a engagé ou continué la poursuite dans un but incompatible avec son rôle de « représentant de la justice ». Le demandeur doit démontrer, compte tenu de l’ensemble de la preuve, que le poursuivant avait l’intention délibérée d’abuser des pouvoirs du procureur général ou de dénaturer le processus de justice criminelle, outrepassant ainsi les limites de la charge de procureur général. Bien que l’absence de croyance subjective à l’existence de motifs raisonnables et probables puisse jouer pour déterminer s’il y a eu ou non malveillance, elle ne supprime pas l’obligation de prouver le but illégitime.

[90] Je passe maintenant aux faits à l’origine du présent pourvoi.

##### 5. Application à la présente espèce

[91] Rappelons que les juges de la Cour d’appel estiment tous que le juge de première instance a eu tort de conclure, à partir de faits qu’il considérait comme de [TRADUCTION] « bons indices de malveillance », que M. Miazga avait eu une intention malveillante. Selon eux, les conclusions du juge sur ce point procédaient de postulats erronés ou d’erreurs de droit ou n’étaient pas étayées par la preuve. Pour les motifs exposés par la Cour d’appel, je conviens que ces « indices de malveillance » n’ont de fondement ni en droit ni au vu du dossier. J’estime également que la démarche du juge

prosecution exemplifies the very kind of second-guessing of prosecutorial discretion that *Nelles* aimed to prevent.

[92] The only question remaining is whether the majority of the Court of Appeal was nonetheless correct in law in upholding the trial judge's finding that Miazga was liable for malicious prosecution. As stated earlier, the majority's conclusion essentially hinged on the trial judge's finding that Miazga lacked a subjective belief in reasonable and probable cause. Accordingly, it is necessary to review the basis for this factual finding and to determine whether, in law, it can support the conclusion of the majority of the Court of Appeal.

[93] The trial judge found that the prosecution lacked reasonable and probable grounds from an objective standpoint, and that Miazga did not possess a subjective belief in the existence of grounds when he decided to proceed against the respondents. The conclusions on both objective and subjective components were premised on the trial judge's view that the R. children's allegations were incredible, and that no prosecutor could possibly accept their bizarre allegations, absent corroborating evidence, nor believe the children to be credible witnesses (para. 362). This premise was accepted by the majority of the Court of Appeal (at para. 135), and was the basis of its decision to uphold the trial judge's finding on absence of reasonable and probable grounds.

[94] In dissent, Vancise J.A. characterized the trial judge's conclusion that nobody could have reasonably believed the allegations made by the R. children as a palpable and overriding error. He noted that Dueck obviously believed the children since he was told that if he believed the children he should proceed to lay the charges and, in due course, he did. Further, several judges at both the trial and appellate levels accepted and relied upon the same allegations by the R. children in convicting their biological parents. Finally, this was a case

de première instance à l'égard des actes accomplis par M. Miazga dans le cadre de la poursuite équivalente bel et bien à mettre en doute rétrospectivement l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant en la matière contrairement à ce que l'arrêt *Nelles* visait à empêcher.

[92] Reste donc uniquement la question de savoir si les juges majoritaires de la Cour d'appel étaient néanmoins légalement justifiés de confirmer la décision de première instance tenant M. Miazga responsable de poursuites abusives. Je le rappelle, leur décision repose essentiellement sur la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Miazga ne croyait pas en son for intérieur à l'existence de motifs raisonnables et probables. Il faut donc examiner l'assise de cette conclusion de fait et déterminer si elle peut justifier en droit celle des juges majoritaires de la Cour d'appel.

[93] Le juge de première instance estime qu'il n'existait pas objectivement de motifs raisonnables et probables de poursuivre et que M. Miazga ne croyait pas subjectivement à l'existence de tels motifs lorsqu'il a mis les intimés en accusation. Ces conclusions tiennent toutes deux à son opinion selon laquelle les allégations des enfants R. étaient invraisemblables et que nul procureur de la Couronne ne pouvait y ajouter foi sans corroboration ni considérer les enfants comme des témoins crédibles (par. 362). Les juges majoritaires de la Cour d'appel adhèrent à ce point de vue (au par. 135), qui fonde leur décision de confirmer la conclusion qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables et probables de poursuivre.

[94] Dissident, le juge Vancise qualifie d'erreur manifeste et dominante la conclusion du juge de première instance voulant que personne n'aurait pu raisonnablement ajouter foi aux allégations des enfants R. Il fait remarquer que l'agent Dueck croyait manifestement les enfants puisque, sur le conseil de déposer des accusations s'il ajoutait foi à leurs dires, il l'avait fait. Aussi, plusieurs juges de première instance et d'appel avaient conclu à la culpabilité des parents biologiques des enfants R. à partir des mêmes allégations. Enfin, il s'agissait

based on credibility which makes it particularly difficult to establish an absence of reasonable and probable cause. While it may be easy in hindsight to say that the evidence of the children lacked credibility, “[c]learly an experienced trial judge found the evidence credible” (para. 259). In the view of Vancise J.A., reliance on the findings of those courts did not constitute improper “bootstrapping” of the kind discussed in *Proulx*.

[95] As indicated at the outset of these reasons, no useful purpose would be served at the conclusion of this painful saga by revisiting the nature of the allegations against the respondents and determining whether they met the objective standard of reasonable and probable cause. However, it is necessary to deal with the trial judge’s conclusion that Miazga did not have a subjective belief in the existence of reasonable and probable grounds because it formed the basis for the majority in the court below to conclude that malice had been proven.

[96] I agree with Vancise J.A. that the trial judge’s basis for concluding that Miazga did not have the requisite subjective belief amounts to a palpable and overriding error and, as such, is not entitled to deference. Miazga testified that while he did not believe the ritualistic or satanic aspect of the allegations (which were not made against these respondents), he believed the children. The trial judge did not reject this testimony but faulted Miazga for failing to state that he believed in the respondents’ “probable guilt”. However, even if he had so testified, his testimony would have been rejected because, in the trial judge’s view, the children’s allegations could not possibly give rise to a reasonable belief in probable guilt. I agree with Vancise J.A., for the reasons that he gave, that this conclusion is not supported by the evidence. I also agree that, in the circumstances of this case, reliance on the findings of courts in antecedent proceedings does not amount to improper “bootstrapping”, but simply belies the trial judge’s assertion that no one could possibly have believed the children.

d’une question de crédibilité, de sorte qu’il était particulièrement difficile d’établir l’absence de motifs raisonnables et probables. Il est facile d’affirmer après coup que les témoignages des enfants étaient peu crédibles, mais il demeure [TRADUCTION] « qu’un juge d’expérience les a de toute évidence trouvés dignes de foi » (par. 259). Selon le juge Vancise, ce n’était pas recourir à une assise indue au sens de l’arrêt *Proulx* que d’invoquer ces autres décisions.

[95] Comme je l’indique au début des présents motifs, il ne servirait à rien, à l’issue de cette douloureuse saga, de réexaminer la nature des allégations formulées contre les intimés et de déterminer si elles satisfaisaient à la norme objective des motifs raisonnables et probables. Il faut toutefois se pencher sur la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Miazga ne croyait pas subjectivement à l’existence de tels motifs, car c’est sur elle que se fondent les juges majoritaires de la Cour d’appel pour déterminer que la malveillance a été prouvée.

[96] Je partage l’opinion du juge Vancise que cette conclusion du juge de première instance équivaut à une erreur manifeste et dominante, de sorte qu’elle ne justifie aucune déférence. Monsieur Miazga a témoigné qu’il n’avait pas ajouté foi aux allégations de pratiques rituelles ou d’actes sataniques (qui ne visaient pas les intimés), mais qu’il avait cru les enfants. Le juge de première instance n’a pas écarté ce témoignage, mais il a reproché à M. Miazga de ne pas avoir dit qu’il croyait à la [TRADUCTION] « culpabilité probable » des intimés. Toutefois, même si M. Miazga l’avait précisé, son témoignage n’aurait pas été retenu, car le juge estimait que les allégations des enfants ne pouvaient faire naître une croyance raisonnable à la culpabilité probable des intimés. Comme le juge Vancise, et pour les motifs qu’il expose, je suis d’avis que cette conclusion n’est pas étayée par la preuve. J’estime également que dans les circonstances de l’espèce, ce n’est pas recourir à une assise indue que d’invoquer les conclusions de tribunaux tirées dans des affaires connexes antérieures et que ces conclusions démentent simplement l’affirmation du juge de première instance que nul n’aurait pu croire les enfants.

[97] I wish to add a general comment about “bootstrapping”. Generally speaking, in an action for malicious prosecution, “bootstrapping” occurs when a prosecutor argues that he or she had reasonable and probable grounds to commence or continue a prosecution on the basis of subsequent judicial determinations made at the preliminary inquiry or the trial itself. While a determination of guilt at a criminal proceeding is not determinative of the reasonable and probable cause question under the third prong of the test for malicious prosecution, it is a relevant factor that may be properly considered in ascertaining the existence or absence of reasonable cause. Giving weight to antecedent judicial determinations works to ensure consistency between the criminal and civil justice systems. The intervener the Attorney General of Canada explains the justification for this practice at para. 20 of its factum:

Giving evidentiary weight in a civil action to the fact that a *prima facie* case of guilt was found in earlier criminal proceedings takes into account the jurisdiction of the criminal court and the similarity of the facts in dispute. Neither a committal after a preliminary inquiry nor a dismissal of a non-suit motion at the close of the Crown’s case in a trial is necessarily determinative of the reasonable and probable cause issue, but those determinations are objectively compelling, at least where no new facts have emerged. The judicial decisions in the criminal process may thus support a finding by a civil court that reasonable and probable cause for prosecution existed.

Absent a fundamental flaw in the criminal proceedings relied upon, it is perfectly reasonable that antecedent judicial determinations may support a finding by a civil court that there existed reasonable and probable cause for an impugned criminal prosecution.

[98] I now turn to the question of malice.

[99] The majority in the court below accurately stated the legal framework for malicious prosecution (at paras. 80-96), in accordance with both *Nelles* and *Proulx*. Where the majority appears to

[97] Je me permets une remarque générale sur la question de l’« assise indue ». En règle générale, dans une action pour poursuites abusives, il y a recours à une « assise indue » lorsque le poursuivant fait valoir qu’il avait des motifs raisonnables et probables d’engager la poursuite ou de la continuer étant donné les décisions judiciaires subséquentes rendues à l’enquête préliminaire ou au procès lui-même. Bien qu’un verdict de culpabilité ne permette pas de conclure à l’existence de motifs raisonnables et probables suivant le troisième volet du critère applicable aux poursuites abusives, il peut néanmoins être légitimement pris en compte pour déterminer si de tels motifs existaient. Le poids accordé aux décisions judiciaires antérieures assure la cohérence des systèmes de justice criminelle et civile. L’intervenant le procureur général du Canada le justifie comme suit au par. 20 de son mémoire :

[TRADUCTION] Dans une instance civile, accorder une valeur probante à une preuve *prima facie* de culpabilité dans une instance criminelle antérieure tient compte de la compétence de la juridiction criminelle et de la similitude des faits en cause. Ni la citation à procès à l’issue de l’enquête préliminaire ni le rejet d’une demande de non-lieu à la clôture de la preuve du ministère public lors du procès ne sont nécessairement décisifs quant à l’existence de motifs raisonnables et probables, mais ces décisions sont objectivement probantes, du moins lorsque aucun fait nouveau n’est invoqué. Une décision judiciaire rendue au cours du processus criminel peut donc étayer la conclusion d’un tribunal civil qu’il existait des motifs raisonnables et probables.

Dans la mesure où l’instance pénale dont on se réclame n’est pas entachée d’un vice fondamental, il est tout à fait sensé qu’une décision judiciaire antérieure puisse fonder la conclusion du tribunal civil que la poursuite criminelle contestée a été engagée sur la base de motifs raisonnables et probables.

[98] Je passe maintenant à la question de l’intention malveillante.

[99] Les juges majoritaires de la Cour d’appel énoncent correctement le cadre d’analyse applicable à l’allégation de poursuites abusives (aux par. 80-96), conformément aux arrêts *Nelles* et *Proulx*.

have taken the wrong path, in my respectful view, is at the following passage (at para. 97):

There is a good deal of merit to the argument for a test requiring some proof of malice in addition to and independent of the lack of reasonable and probable cause. However, as will be seen from our conclusion in this case, the test cannot be reduced to such a rigid formula. As stated in *Proulx*, at para. 37, in determining an issue of malice, “it is the totality of all the circumstances that are to be considered in cases of this kind”. [Emphasis added.]

[100] The majority of the Court of Appeal relied on the “totality of all the circumstances” requirement in *Proulx* to forgo the need for evidence beyond absence of reasonable and probable cause to prove that Miazga was in fact actuated by an improper purpose. As recounted at the outset of these reasons, the Court of Appeal was unanimous in overturning virtually all of the facts relied upon by the trial judge as indicative of malice on the part of Miazga. Without identifying any improper purpose, the majority then concluded (at para. 132) that “there is one aspect of the trial judge’s determination that there was lack of reasonable and probable cause that clearly and unequivocally tips the balance against Miazga” (emphasis added) — the finding that Miazga did not subjectively hold an honest belief in the guilt of the respondents. By concluding that Miazga’s lack of subjective belief in the existence of grounds was sufficient to ground a finding of malice, the majority, with respect, fell prey to the very error they correctly identify as problematic in the trial judge’s reasons (at para. 131):

... what seems to be missing from the reasons for judgment is any explanation of why the [trial] judge considered the actions in question to indicate malice in the sense of some improper purpose, rather than merely indications of simple bad judgment, negligence or recklessness. It seems to us that most of the actions are equivocal in indicating the prosecutor’s intentions.

[101] As explained earlier, the malice element of malicious prosecution requires proof of an improper purpose so as to differentiate between

À mon avis, ils font toutefois fausse route lorsqu’ils affirment ce qui suit (par. 97) :

[TRADUCTION] Il est assez justifié de préconiser l’exigence d’une preuve de malveillance en sus de l’absence de motifs raisonnables et probables. Or, comme il appert de notre conclusion en l’espèce, on ne peut ramener le critère applicable en la matière à une formule aussi rigide. Comme l’établit l’arrêt *Proulx* (par. 37), pour statuer sur la malveillance, « c’est l’ensemble des circonstances qui doit être pris en considération dans des affaires de ce genre ». [Je souligne.]

[100] S’appuyant sur cette obligation de tenir compte de « l’ensemble des circonstances » qui découle de l’arrêt *Proulx*, les juges majoritaires de la Cour d’appel font abstraction de la nécessité d’une autre preuve que la seule absence de motifs raisonnables et probables pour établir que M. Miazga était en fait mû par un but illégitime. Comme je l’indique au début des présents motifs, la Cour d’appel écarte unanimement presque tous les faits qui, selon le juge de première instance, constituent des indices de la malveillance de M. Miazga. Sans relever de but illégitime, les juges majoritaires concluent ensuite (au par. 132) qu’[TRADUCTION] « un aspect de la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n’existait pas de motifs raisonnables et probables fait nettement pencher la balance contre M. Miazga » (je souligne), à savoir que ce dernier ne croyait pas sincèrement, en son for intérieur, à la culpabilité des intimés. En statuant que l’absence de croyance subjective à l’existence de tels motifs permettait de conclure à la malveillance, les juges majoritaires, à mon humble avis, commettent à leur tour l’erreur qu’ils reprochent à juste titre au juge de première instance (par. 131) :

[TRADUCTION] ... ce qui paraît manquer dans les motifs c’est une explication de ce qui amène le juge [de première instance] à considérer que les actes en question dénotent de la malveillance au sens de la poursuite d’un but illégitime, et non simplement un manque de discernement, de la négligence ou de l’insouciance. La plupart de ces actes constituent à notre avis des indices ambigus en ce qui a trait à l’intention du procureur de la Couronne.

[101] Ainsi qu’on l’a vu, en matière de poursuites abusives, la malveillance exige la preuve d’un but illégitime afin de distinguer les actes qui ne



prosecutorial conduct that is not actionable and that which is, by virtue of the fact that it brings the prosecutor outside of his or her role as “minister of justice”. As Vancise J.A. aptly noted, neither the plaintiffs nor the courts below have pointed to any such improper purpose that impelled Miazga to prosecute the respondents.

#### 6. Conclusion and Disposition

[102] In the result, I would allow the appeal and dismiss the action. As the appellant does not request costs, I make no order as to costs.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.*

*Solicitors for the respondents Estate of Dennis Kvello (by his personal representative, Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2., Pamela Sharpe, Estate of Marie Klassen (by her personal representative, Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen and Anita Janine Klassen: Borden Holgate Law Office, Saskatoon.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitors for the interveners the Attorney General of Quebec and the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

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

confèrent pas de droit d'action de ceux qui en confèrent un parce qu'ils ne relèvent pas du rôle d'un « représentant de la justice ». Comme le signale le juge Vancise avec justesse, ni les demandeurs ni les juridictions inférieures ne relèvent quelque but illégitime qui aurait incité M. Miazga à poursuivre les intimés.

#### 6. Conclusion et dispositif

[102] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action. Comme l'appelant n'a pas demandé l'adjudication de dépens, aucune ordonnance n'est rendue à ce sujet.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.*

*Procureurs des intimés Succession Dennis Kvello (représentée par Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Pamela Sharpe, Succession Marie Klassen (représentée par Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen et Anita Janine Klassen : Borden Holgate Law Office, Saskatoon.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Procureur général du Canada, Ottawa.*

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

*Procureurs des intervenants le procureur général du Québec et le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*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.*

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

*Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

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

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*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.*

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

*Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

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