

Benoît Proulx *Appellant*

v.

The Attorney General of Quebec *Respondent***INDEXED AS: PROULX v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)****Neutral Citation: 2001 SCC 66.**

File N°.: 27235.

2000: December 11; 2001: October 18.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil liability — Malicious prosecution — Regime of immunity and extra-contractual civil liability applicable in Quebec law to Attorney General of Quebec and prosecutors — Whether Nelles applies integrally in Quebec — Whether facts alleged against Attorney General and prosecutor meet test set out in Nelles.

In 1986, the prosecutor determined that there were insufficient grounds to charge the appellant with the murder of his former girlfriend as there was no reliable identification evidence. The prosecution file was closed. Some five years later, in the midst of a sensational defamation claim launched by the appellant against a radio station and a retired police investigator who had worked on the file, the prosecutor was advised by the defamation case defendants of a potential new identification witness. The prosecutor added the defendant police investigator to the prosecution team, re-opened the file, and decided to prosecute the appellant on a first degree murder charge. At trial, the jury found the appellant guilty. On appeal, the Court of Appeal overturned the conviction with strong criticism of the lack of credible evidence. Following his acquittal, the appellant brought an action for damages for malicious prosecution against the Attorney General of Quebec. The Superior Court found the Attorney General liable and entered judgment against the Attorney General for over a million dollars in damages. A majority of the Court of Appeal allowed the Attorney General's appeal and dismissed the action. The question in front of this Court is whether this is one of the

Benoît Proulx *Appellant*

c.

Le procureur général du Québec *Intimé***RÉPERTORIÉ : PROULX c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)****Référence neutre : 2001 CSC 66.**

N° du greffe : 27235.

2000 : 11 décembre; 2001 : 18 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Poursuites criminelles abusives — Régime d'immunité de responsabilité civile extra-contractuelle applicable en droit québécois au procureur général du Québec et à ses substituts — L'arrêt Nelles s'applique-t-il intégralement au Québec? — Les faits reprochés au procureur général et à son substitut rencontrent-ils les critères de l'arrêt Nelles?

En 1986, le substitut du procureur général détermine qu'il n'y a pas suffisamment de motifs pour accuser l'appelant du meurtre de son ancienne amie de cœur, car il n'existe aucune preuve d'identification fiable. Il clôt le dossier de la poursuite. Environ cinq ans plus tard, à l'occasion d'allégations à sensation concernant une action en libelle diffamatoire intentée par l'appelant contre une station de radio et un enquêteur de police à la retraite qui a travaillé au dossier, les défendeurs dans l'action en libelle diffamatoire informent le substitut de l'existence d'un nouveau témoin qui pourrait fournir la preuve d'identification. Le substitut ajoute l'enquêteur de police défendeur à l'équipe de la poursuite, rouvre le dossier et décide de poursuivre l'appelant pour meurtre au premier degré. En première instance, le jury déclare l'appelant coupable. En appel, la Cour d'appel infirme la déclaration de culpabilité en critiquant sévèrement l'absence de preuve crédible. À la suite de son acquittement, l'appelant intente une action en dommages et intérêts pour poursuites criminelles abusives contre le procureur général du Québec. La Cour supérieure retient la responsabilité du procureur général et le condamne à payer plus d'un million de dollars en dommages et intérêts. La majorité de la Cour d'appel accueille l'appel du procureur général et rejette

exceptional cases in which Crown immunity for prosecutorial misconduct should be lifted.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ.: Prosecutors are vested with extensive discretion and decision-making authority to carry out their functions and courts should be very slow to second-guess a prosecutor's judgment calls when assessing Crown liability for prosecutorial misconduct. The Department of the Attorney General and its prosecutors, however, are not above the law and this is one of the exceptional cases in which Crown immunity for prosecutorial misconduct should be lifted. *Nelles* sets out four requirements that must be established on a balance of probabilities in an action in damages based on prosecutorial misconduct and those requirements are satisfied here. The record reveals that: (1) the respondent initiated the prosecution; (2) the prosecution resulted in the appellant's acquittal; (3) the Crown prosecutor did not have reasonable and probable cause upon which to found the charges brought against the appellant; and (4) the prosecution was motivated by an improper purpose.

Clearly a prosecutor need not be convinced beyond a reasonable doubt of an accused person's guilt before bringing charges, but there must be sufficient evidence to ground a reasonable belief that a conviction could properly be obtained. In this case, it must have been clear to the prosecutor in 1991, when he authorized the charge of first degree murder, that the evidence could not properly have resulted in a conviction. In particular, the eyewitness identification of the appellant, which was the primary basis for reopening the investigation and prosecuting him, was flagrantly inadequate and the surreptitiously recorded conversation between the appellant and the victim's father was likely inadmissible evidence. Even if admissible, that conversation lacked probative value. The charges brought against the appellant were grounded in mere suspicion and hypotheses and were not based on reasonable and probable cause. This, by itself, is not sufficient to ground the appellant's lawsuit.

l'action. La question dont la Cour est saisie consiste à déterminer s'il s'agit en l'espèce de l'un des cas exceptionnels où il faut lever l'immunité du ministère public contre une action fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major et Binnie : Les poursuivants jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire et d'un grand pouvoir décisionnel dans l'exercice de leurs fonctions et les tribunaux doivent se montrer 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. Le ministère du Procureur général et les substituts du procureur général ne sont toutefois pas au-dessus de la loi et il s'agit de l'un des cas exceptionnels où il faut lever l'immunité du ministère public contre une action fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant. L'arrêt *Nelles* énonce quatre conditions à établir selon la prépondérance des probabilités dans une action en dommages et intérêts fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant et ces conditions sont remplies en l'espèce. Le dossier révèle que : (1) l'intimé a engagé la poursuite; (2) la poursuite a mené à l'acquittement de l'appelant; (3) le substitut du procureur général n'avait aucun motif raisonnable et probable sur lequel fonder les accusations portées contre l'appelant; et (4) la poursuite était motivée par un but illégitime.

Il est clair que le poursuivant ne doit pas être convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé avant de porter des accusations contre lui, mais il doit y avoir suffisamment d'éléments de preuve pour qu'il soit raisonnable de croire qu'une déclaration de culpabilité pourrait être obtenue régulièrement. En l'espèce, lorsqu'il a autorisé l'inculpation de l'appelant pour meurtre au premier degré en 1991, le substitut du procureur général aurait manifestement dû savoir que la preuve n'aurait pas pu entraîner régulièrement une déclaration de culpabilité. En particulier, l'identification de l'appelant par témoin oculaire, qui était le motif principal pour rouvrir l'enquête et poursuivre l'appelant, était manifestement inadéquate et l'enregistrement clandestin de la conversation entre l'appelant et le père de la victime était vraisemblablement inadmissible en preuve. Même si cette conversation avait été admissible, elle n'avait aucune valeur probante. Les accusations portées contre l'appelant s'appuyaient sur de simples soupçons et hypothèses et n'étaient pas fondées sur des motifs raisonnables et probables. Cela ne suffit pas en soi à fonder la poursuite engagée par l'appelant.

A suit for malicious prosecution requires evidence that reveals a willful and intentional effort on the Crown's part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system. In the civil law of Quebec, this is captured by the notion of "intentional fault". The key to a malicious prosecution is malice, but the concept of malice in this context includes prosecutorial conduct that is fuelled by an "improper purpose". Here, the improper purpose arose because of the mixing of a private interest (defence of the defamation suit) and a public interest (the prosecution). The trial judge so found and there was no valid basis for the Court of Appeal to interfere with this finding.

The prosecutor's decision to recruit the retired police investigator to assist in the resurrected prosecution file, notwithstanding his status as a defendant in the appellant's well-publicized million dollar defamation suit, is further evidence of malice in the sense of the prosecutor's apparent indifference to the improper mixing of public and private business.

The prosecutor lent his office to support a defence strategy in the defamation suit and, in so doing, was compromised by the retired police investigator's apparent manipulation of the evidence and the irregularities that took place during the re-opened investigation. There was a flagrant disregard for the rights of the appellant, fuelled by motives that were clearly improper. While *Nelles* established a generous boundary within which prosecutors acting in good faith have immunity despite bad decisions, the mixed motives of the prosecutor in this case carried him across that boundary and amounted to malice.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. (dissenting): In Quebec, the extra-contractual civil liability of the Attorney General of Quebec and of prosecutors for malicious prosecution is part of the public law. The public law of Quebec on this point is governed by the public common law. The principles laid down in *Nelles* are part of the public law of Quebec and those principles state that the Attorney General and prosecutors enjoy, not absolute immunity in respect of the tort of malicious prosecution, but relative immunity. *Nelles* applies integrally in Quebec and, consequently, there is no need to apply the notions of fault in Quebec's private law in order to decide that liability; rather, the public law test stated in *Nelles* should be applied. The necessary threshold for lifting the immunity of prosecutors is high. In this case, the facts alleged against the Attorney General and

Une action pour poursuites abusives exige des éléments de preuve révélant 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. En droit civil québécois, un tel comportement est inclus dans la notion de « faute intentionnelle ». L'élément clé de la poursuite abusive est la malveillance, mais la notion de malveillance dans ce contexte inclut la conduite du poursuivant qui est motivée par un « but illégitime ». En l'espèce, le but illégitime découle du mélange entre une affaire d'intérêt privé (la défense à une action en libelle diffamatoire) et une affaire d'intérêt public (la poursuite). C'est la conclusion qu'a tirée le juge de première instance et la Cour d'appel n'avait aucun motif valable pour la modifier.

La décision de faire appel aux services du policier à la retraite dans le dossier rouvert par la poursuite, malgré sa qualité de défendeur dans l'action en libelle diffamatoire très médiatisée dans laquelle l'appelant réclamait un million de dollars, constitue un élément de preuve supplémentaire de malveillance, en ce sens que le substitut du procureur général ne s'est apparemment pas soucié de mélanger irrégulièrement une affaire d'intérêt public avec une affaire d'intérêt privé.

Le substitut a mis ses pouvoirs au service de la stratégie de la défense dans l'action en libelle diffamatoire et s'est ainsi compromis par la façon dont le policier à la retraite a apparemment manipulé la preuve et par les irrégularités qui se sont produites au cours du processus d'enquête après sa réouverture. Il y a eu mépris flagrant des droits de l'appelant, alimenté par des motifs totalement irréguliers. Bien que l'arrêt *Nelles* ait établi un cadre large à l'intérieur duquel les poursuivants agissant de bonne foi jouissent d'une immunité malgré de mauvaises décisions, les motifs ambigus du substitut l'ont fait sortir de ce cadre et constituent de la malveillance.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache (dissidents) : Au Québec, la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec et de ses substituts en matière de poursuites criminelles abusives relève du droit public. Le droit public du Québec à cet égard est régi par la common law de droit public. Les principes énoncés dans l'arrêt *Nelles* font donc partie du droit public québécois et ces principes indiquent que le procureur général et ses substituts jouissent non pas d'une immunité absolue à l'égard du délit civil de poursuites criminelles abusives mais d'une immunité relative. L'arrêt *Nelles* s'applique intégralement au Québec et, en conséquence, il n'y a pas lieu d'appliquer les notions de fautes du droit civil privé du Québec pour décider de cette responsabilité; il y a plutôt lieu de s'en tenir aux critères de droit public énoncés dans l'arrêt *Nelles*. Le seuil

the prosecutor do not meet the last two criteria in *Nelles*. The evidence in the record establishes that at the time the prosecution was initiated the prosecutor could reasonably have believed that he had reasonable and probable grounds to charge the appellant and that he did not act with malice.

The role of the Attorney General is not that of the judge, nor to be objectively satisfied, beyond a reasonable doubt, of the guilt of an accused, or even to ensure, in that respect, that the evidence he or she has will necessarily be sufficient to guarantee a guilty verdict. In subjective terms, he or she must believe in good faith in the guilt of the accused, and that certainty must be based on reasonable and probable grounds. From the record, it is apparent that the prosecutor had a sincere belief in the appellant's guilt. On the question of the objective analysis of the reasonableness of that belief, it must be determined whether a prudent and cautious person would have believed that the appellant was probably guilty of the crime. In applying that test, one must have regard to the circumstances of the case. In this case, the charge was laid on the basis of entirely circumstantial evidence. Even though none of the facts disclosed by the investigation at that time, taken in isolation, was sufficient to establish the guilt of the accused, that evidence, when added up and taken in its entirety, could reasonably have justified a finding of guilt.

In particular, at the time the criminal charge was laid, the prosecutor had reason to believe that the conversation between the victim's father and the appellant was admissible. The Court of Appeal acknowledged that, when the trial judge made his decision to admit the conversation, there were particular circumstances that justified the conclusion he had reached. In this particular context, we cannot require more of the prosecutor, at the time he laid the charge, than was required of the trial judge at the time his decision was made. On the question of the identification of the appellant, this was merely one element in the body of circumstantial evidence on which the charge was based. The new witness was not an eyewitness to the murder, and his testimony was not intended to identify a murderer, but rather simply to add an additional element to the body of evidence that was already available to the prosecutor. In addition, the rules set out in the case law regarding identification are very flexible. Even an "irregular" identification can be legally admissible in evidence. The prosecutor therefore acted in conformity with the state of the law regarding identification. Regardless of its probative value, the identification in this instance

requis permettant de lever l'immunité des procureurs de la Couronne est élevé. Dans la présente affaire, les faits reprochés au procureur général et à son substitut ne satisfont pas aux deux derniers critères de l'arrêt *Nelles*. La preuve au dossier établit qu'à l'époque du dépôt de la poursuite le substitut pouvait raisonnablement croire qu'il avait des motifs raisonnables et probables suffisants pour inculper l'appellant et qu'il n'a pas agi avec une intention malveillante.

Le rôle du procureur général n'est pas de se substituer au juge et d'être objectivement convaincu, hors de tout doute raisonnable, de la culpabilité d'un accusé ni même de s'assurer, à cet égard, que la preuve qu'il détient suffira nécessairement à garantir un verdict de culpabilité. Sur le plan subjectif, il doit croire de bonne foi en la culpabilité de l'accusé; cette certitude doit être basée sur des motifs raisonnables et probables. La lecture du dossier révèle une croyance sincère de la part du substitut en la culpabilité de l'appellant. Quant à l'analyse objective du caractère raisonnable de cette croyance, il faut déterminer si une personne prudente et diligente en viendrait à croire, de façon probable, l'appellant coupable du crime. Dans l'application d'un tel critère, on doit tenir compte des circonstances propres à l'affaire. En l'espèce, l'accusation a été déposée sur la base d'une preuve entièrement circonstancielle. Même si chacun des faits que révélait l'enquête à cette époque, pris isolément, ne permettait pas de conclure nécessairement à la culpabilité d'un accusé, ces éléments, ajoutés les uns aux autres et pris dans leur ensemble, pouvaient raisonnablement justifier qu'un accusé soit déclaré coupable.

En particulier, lors du dépôt de l'accusation criminelle, le substitut avait raison de croire que la preuve de la conversation entre le père de la victime et l'appellant était admissible. La Cour d'appel a reconnu que, au moment où le juge du procès a rendu sa décision d'admettre la conversation en preuve, il existait des circonstances particulières qui le justifiaient d'arriver à cette conclusion. Dans ce contexte particulier, on ne saurait exiger du substitut à l'époque où il a déposé la dénonciation, plus qu'on a exigé du juge du procès à l'époque où cette décision a été rendue. En ce qui concerne l'identification de l'appellant, cet élément n'était qu'un jalon dans l'ensemble de la preuve circonstancielle sur laquelle l'accusation était basée. Le nouveau témoin n'était pas un témoin oculaire du meurtre et son témoignage n'avait pas pour but d'identifier un meurtrier mais simplement d'apporter un élément supplémentaire au faisceau de preuves dont disposait déjà le substitut. De plus, les règles jurisprudentielles en matière d'identification sont très souples. Même une identification « irrégulière » n'empêche pas qu'elle puisse être légalement admise en preuve. Le substitut a donc agi conformément à l'état du droit en

was not illegal. It was up to the jury to assess that identification evidence, and it was up to the judge to caution the jury regarding its probative value. Even if the identification related solely to the appellant's eyes and beard, the prosecutor is neither judge nor jury, and he had the right, and even the duty, to take that evidence to the justice system, provided that he himself believed that it was valid. There is nothing in the record to suggest that this was not the case and that he acted in bad faith.

In light of the evidence in the prosecutor's possession at the time he authorized the laying of the charge of first degree murder against the appellant, when it is examined in its context in light of the nature of the evidence and the law at the time, the prosecutor could plausibly have believed that he had sufficient reasonable and probable grounds to charge the appellant. Other important elements suggest that there were sufficient grounds, such as the fact that the judge at the preliminary inquiry committed the appellant for trial. One must assume that the judge was cognizant of the state of the law. If he considered the evidence offered by the prosecutor to be sufficient to justify committal for trial, the prosecutor cannot be criticized for reaching the same conclusion. Moreover, the trial judge did not direct a verdict of acquittal and the appellant was found guilty by the jury at the end of his criminal trial.

To demonstrate malice, the appellant must show on a preponderance of evidence that there was an improper purpose and that the powers of the prosecutor were perverted to that end. This standard, which must be applied strictly, is a high and clear one, in that it calls for proof of the subjective intent of the prosecutor to act out of malice or with an improper purpose. In this case, the mere fact that he authorized the laying of a criminal charge which resulted in a verdict of acquittal cannot support the conclusion that there was malice on the part of the prosecutor. It would be contrary to the standard of conduct set out in *Nelles* and it would place an obligation on the prosecutor in respect of the result. A standard of that nature would amount to denying the prosecutor any immunity. The existence of reasonable and probable grounds for laying the charge rules out the possibility that the prosecutor was acting out of any "improper purpose" on this ground. The evidence in the record establishes that it was the appearance of a new witness that influenced the conduct of the prosecutor, and not the publicity surrounding the civil defamation action. The prosecutor had nothing to do with that action. It was only at the request of his superiors that he reopened the case. Nor can the prosecutor be criticized for the acts of an officer who was at that time retired from the police, when the prosecutor

matière d'identification. Quelle que soit sa valeur probante, l'identification n'était pas illégale en l'espèce. Il revenait au jury d'apprécier cette preuve d'identification et au juge de mettre le jury en garde quant à sa force probante. Même si l'identification ne portait que sur les yeux et la barbe de l'appellant, le substitut n'est ni juge ni jury et il avait le droit et même le devoir de porter cet élément de preuve devant la justice pourvu qu'il ait lui-même cru qu'il était valable. Rien au dossier ne laisse entendre que tel n'était pas le cas et qu'il agissait de mauvaise foi.

À la lumière des éléments de preuve que possédait le substitut lorsqu'il a autorisé le dépôt de l'accusation de meurtre au premier degré contre l'appellant, examinés dans leur contexte en tenant compte de leur nature et du droit à l'époque, le substitut pouvait vraisemblablement croire qu'il avait des motifs raisonnables et probables suffisants pour inculper l'appellant. D'autres éléments importants amènent à conclure à l'existence de motifs suffisants tels que le fait que le juge de l'enquête préliminaire a renvoyé l'appellant à procès. On doit présumer que le juge connaissait l'état du droit. S'il a jugé les éléments de preuve apportés par le substitut suffisants pour justifier le renvoi à procès, on ne saurait reprocher au substitut d'être arrivé à la même conclusion. De surcroît, le juge du procès n'a pas ordonné un verdict d'acquiescement et l'appellant a été reconnu coupable par le jury au terme de son procès criminel.

Pour démontrer une intention malveillante, l'appellant doit établir, selon la prépondérance de la preuve, la présence d'un but illégitime et le détournement des pouvoirs du substitut à cette fin. Cette norme, qui doit être appliquée de façon stricte, est élevée et claire puisqu'elle exige la preuve de l'intention subjective du substitut d'agir par malveillance ou dans un but illégitime. En l'espèce, le seul fait d'autoriser le dépôt d'une accusation criminelle dont l'issue est un verdict d'acquiescement ne saurait permettre de conclure à une intention malveillante de la part du substitut. Ce serait contraire à la norme de conduite de l'arrêt *Nelles* et cela créerait une obligation de résultat envers le substitut. Une telle norme équivaldrait à nier au substitut toute immunité. L'existence de motifs raisonnables et probables pour déposer l'acte d'accusation écarte tout « but illégitime » qu'aurait poursuivi le substitut. La preuve au dossier établit que c'est l'arrivée d'un nouveau témoin qui a influencé le comportement du ministère public et non pas la publicité entourant l'action civile en diffamation. Le substitut était totalement étranger à cette action. C'est uniquement à la demande de ses supérieurs qu'il a repris le dossier. On ne saurait non plus reprocher au substitut les gestes posés par un enquêteur, alors retraité, de la police, gestes que le substitut ignorait et pour lesquels l'enquêteur n'avait reçu aucun mandat du

was unaware of those acts, for which the investigator had received no mandate from the prosecutor. It is logical that the Attorney General, through the police, subsequently obtained that investigator's services to pursue the investigation, since he was the one who had conducted the entire investigation in this case from the beginning. Finally, there is no indication of malice on the part of the prosecutor in the prosecutor's use of the conversation between the victim's father and the appellant in his argument at trial.

In short, there is no evidence to show that the prosecutor acted for personal purposes, out of vengeance or ill-will toward the appellant, in bad faith or beyond his mandate for improper purposes, or that he committed a fraud on the law. A careful examination of the facts in evidence in the civil action shows rather that the prosecutor acted within the bounds of his functions as a public officer, by prosecuting an individual whom he believed, in good faith, to be guilty of a crime.

Cases Cited

By Iacobucci and Binnie JJ.

Followed: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; **referred to:** *R. v. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. v. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Charest* (1990), 28 Q.A.C. 258; *R. v. S. (F.)* (2000), 47 O.R. (3d) 349; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Nelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Senez v. Montreal Real Estate Board*, [1980] 2 S.C.R. 555; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; 2747-3174 *Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140; *The King v. Cliche*, [1935] S.C.R. 561; *McArthur v. The King*, [1943] Ex. C.R. 77; *The King v. Anthony*, [1946] S.C.R. 569; *R. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1958] O.R. 55; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R.

substitut. Que le procureur général ait ensuite, par l'entremise de la police, obtenu les services de cet enquêteur pour poursuivre l'enquête est logique puisque c'était lui qui avait mené toute l'enquête dans ce dossier dès le début. Enfin, l'utilisation que le substitut a fait, lors de sa plaidoirie au procès, de la conversation entre le père de la victime et l'appelant ne révèle aucune intention malveillante de la part du substitut.

En somme, il n'y a aucun élément de preuve démontrant que le substitut aurait agi à des fins personnelles, par vengeance ou inimitié envers l'appelant, de mauvaise foi, hors de son mandat à des fins impropres, ou qu'il ait commis une fraude à la loi. Un examen attentif des faits mis en preuve lors de la poursuite civile démontre plutôt que le substitut a agi dans le cadre de ses fonctions d'officier public, en poursuivant un individu qu'il croyait, de bonne foi, coupable d'un crime.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Binnie

Arrêt suivi : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; **arrêts mentionnés :** *R. c. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. c. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Charest* (1990), 28 Q.A.C. 258; *R. c. S. (F.)* (2000), 47 O.R. (3d) 349; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565.

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

Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S. 170; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Senez c. Chambre d'Immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140; *The King c. Cliche*, [1935] R.C.S. 561; *McArthur c. The King*, [1943] R.C. de l'É. 77; *The King c. Anthony*, [1946] R.C.S. 569; *R. c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1958] O.R. 55; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; *Martel Building Ltd. c. Canada*,

860, 2000 SCC 60; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *Québec (Procureur général) v. Deniso LeBel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (1926); *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309; *R. v. Kaysaywaysemat* (1992), 10 C.R. (4th) 317; *R. v. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540; *Genest v. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2387; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37; *R. v. Ruddick* (1980), 57 C.C.C. (2d) 421; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, aff'g (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Sobotiak* (1994), 155 A.R. 16; *Comeau v. La Reine*, [1992] R.J.Q. 339; *Amadzadegan-Shamirzadi v. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. v. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *R. v. Langille* (1990), 59 C.C.C. (3d) 544; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116; *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *Boudreault v. Barrett* (1998), 219 A.R. 67; *Thompson v. Ontario* (1998), 113 O.A.C. 82; *Reynen v. Canada* (1995), 184 N.R. 350; *Milgaard v. Kujawa* (1994), 118 D.L.R. (4th) 653; *Prete v. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 161; *Deline v. Kidd*, [2001] B.C.J. No. 645 (QL), 2001 BCSC 491; *Monette v. Owens* (2000), 144 Man. R. (2d) 55; *Charemski v. Ontario*, [2000] O.J. No. 5231 (QL); *Fiset v. Toronto (City) Police Services Board*, [1999] O.J. No. 3731 (QL); *Perron v. Québec (Procureur général)*, [2000] Q.J. No. 4700 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Attorney General's prosecutors, R.S.Q., c. S-35.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Civil Code of Lower Canada, art. 356.

[2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, 2000 CSC 12; *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Québec (Procureur général) c. Deniso LeBel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Imbler c. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli c. Goff*, 12 F.2d 396 (1926); *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309; *R. c. Kaysaywaysemat* (1992), 10 C.R. (4th) 317; *R. c. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540; *Genest c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2387; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *Hicks c. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37; *R. c. Ruddick* (1980), 57 C.C.C. (2d) 421; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, conf. (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Sobotiak* (1994), 155 A.R. 16; *Comeau c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 339; *Amadzadegan-Shamirzadi c. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. c. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *R. c. Langille* (1990), 59 C.C.C. (3d) 544; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116; *R. c. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *Boudreault c. Barrett* (1998), 219 A.R. 67; *Thompson c. Ontario* (1998), 113 O.A.C. 82; *Reynen c. Canada* (1995), 184 N.R. 350; *Milgaard c. Kujawa* (1994), 118 D.L.R. (4th) 653; *Prete c. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 161; *Deline c. Kidd*, [2001] B.C.J. No. 645 (QL), 2001 BCSC 491; *Monette c. Owens* (2000), 144 Man. R. (2d) 55; *Charemski c. Ontario*, [2000] O.J. No. 5231 (QL); *Fiset c. Toronto (City) Police Services Board*, [1999] O.J. No. 3731 (QL); *Perron c. Québec (Procureur général)*, [2000] J.Q. n° 4700 (QL).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code civil du Bas Canada, art. 356.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 1376.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 1376.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 94.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Authors Cited

- Archambault, Jean-Denis. "Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public" (1992), 52 *R. du B.* 515.
- Archambault, Jean-Denis. "Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d'accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)" (1999), 59 *R. du B.* 59.
- Butt, David. "Malicious Prosecution: *Nelles v. Ontario*: REJOINDER — John Sopinka — [1994] 74 Can. Bar Rev. 366" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 335.
- Canada. Law Reform Commission. *Pretrial Eyewitness Identification Procedures*. By Neil Brooks. Ottawa: The Commission, 1983.
- Côté, Pierre-André. "La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels*" (1994), 28 *R.J.T.* 411.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
- Garant, Patrice. "La responsabilité civile de la puissance publique: du clair obscur au nébuleux" (1991), 32 *C. de D.* 745.
- Giroux, Pierre, et Stéphane Rochette. "La mauvaise foi et la responsabilité de l'État". Dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, vol. 119. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999, 117.
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Immarigeon, Henriette. *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1965.
- Klar, Lewis N. "Recent Developments in Canadian Law: Tort Law" (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 177.
- Lordon, Paul. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.
- Pigeon, Louis-Philippe. *Drafting and Interpreting Legislation*. Toronto: Carswell, 1988.
- Robinette, J. J. "Circumstantial Evidence", [1955] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 307.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.
- Sheppard, Anthony F. *Evidence*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1988.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 94.
Loi sur les substituts du procureur général, L.R.Q., ch. S-35.

Doctrine citée

- Archambault, Jean-Denis. « Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec : variations de droit public » (1992), 52 *R. du B.* 515.
- Archambault, Jean-Denis. « Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d'accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) » (1999), 59 *R. du B.* 59.
- Butt, David. « Malicious Prosecution : *Nelles v. Ontario* : REJOINDER — John Sopinka — [1994] 74 Can. Bar Rev. 366 » (1996), 75 *R. du B. can.* 335.
- Canada. Commission de réforme du droit. *L'identification par témoin oculaire avant le procès*. Par Neil Brooks. Ottawa : La Commission, 1983.
- Côté, Pierre-André. « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels* » (1994), 28 *R.J.T.* 411.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence : Principles and Problems*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1996.
- Garant, Patrice. « La responsabilité civile de la puissance publique : du clair obscur au nébuleux » (1991), 32 *C. de D.* 745.
- Giroux, Pierre, et Stéphane Rochette. « La mauvaise foi et la responsabilité de l'État ». Dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, vol. 119. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999, 117.
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Immarigeon, Henriette. *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*. Montréal : Wilson et Lafleur, 1965.
- Klar, Lewis N. « Recent Developments in Canadian Law : Tort Law » (1991), 23 *R.D. Ottawa* 177.
- Lordon, Paul. *La Couronne en droit canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992.
- Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*. Québec : Éditeur officiel, 1965.
- Robinette, J. J. « Circumstantial Evidence », [1955] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 307.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1995.
- Sheppard, Anthony F. *Evidence*, 3rd ed. Toronto : Carswell, 1988.

Sopinka, John. “Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: *Nelles v. Ontario*: R. v. *Jedynack*: R. v. *Simpson*” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 366.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Walton, F. P. “The Legal System of Quebec” (1913), 33 *Can. L.T.* 280.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 398, [1999] R.R.A. 56, [1999] Q.J. No. 373 (QL), setting aside judgments of the Superior Court, [1997] R.J.Q. 2509, [1997] R.R.A. 1118, [1997] Q.J. No. 2710 (QL); [1997] R.J.Q. 2516, [1997] Q.J. No. 2711 (QL). Appeal allowed with costs, L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

Christian Trépanier and Lawrence Corriveau, Q.C., for the appellant.

Claude Gagnon, Alain Loubier and Carole Soucy, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND BINNIE JJ. —

I. Introduction

In 1986, the prosecutor determined that there were insufficient grounds to charge the appellant with the murder of his former girlfriend, France Alain. There was no doubt that a murder had occurred. It was the prosecutor’s opinion, however, that there was no reliable identification evidence against the appellant or anyone else. The prosecution file was closed.

Some five years later, Radio Station CHRC broadcast sensational allegations linking the appellant to the murder, and the appellant retaliated in January 1991 with an action for defamation claiming damages of a million dollars against André Arthur, a journalist of the radio station, and John Tardif, the then retired police investigator who had worked on the closed file.

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

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Walton, F. P. « The Legal System of Quebec » (1913), 33 *Can. L.T.* 280.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [1999] R.J.Q. 398, [1999] R.R.A. 56, [1999] J.Q. n° 373 (QL), qui a infirmé des jugements de la Cour supérieure, [1997] R.J.Q. 2509, [1997] R.R.A. 118, [1997] A.Q. n° 2710 (QL); [1997] R.J.Q. 2516, [1997] A.Q. n° 2711 (QL). Pourvoi accueilli avec dépens, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents.

Christian Trépanier et Lawrence Corriveau, c.r., pour l’appelant.

Claude Gagnon, Alain Loubier et Carole Soucy, pour l’intimé.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major et Binnie rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BINNIE —

I. Introduction

En 1986, le substitut du procureur général a déterminé qu’il n’y avait pas suffisamment de motifs pour accuser l’appelant du meurtre de son ancienne amie de cœur, France Alain. Il ne faisait aucun doute qu’un meurtre avait été commis. Toutefois, le substitut était d’avis qu’il n’y avait aucune preuve d’identification fiable contre l’appelant ou contre qui que ce soit d’autre. Il a alors clos le dossier de la poursuite.

Environ cinq ans plus tard, la station radiophonique CHRC a diffusé des allégations à sensation établissant un rapport entre l’appelant et le meurtre. En janvier 1991, l’appelant a répliqué par une action en libelle diffamatoire dans laquelle il réclamait un million de dollars en dommages-intérêts contre André Arthur, un journaliste de la station, et contre John Tardif, l’enquêteur de police qui avait

The appellant had previously worked as a news reader at CHRC.

3

At this point, more than eight years after the murder, a journalist at CHRC (the appellant claims it was Arthur himself) contacted Tardif about a new witness who allegedly could supply the necessary eyewitness identification. The witness's name was Paul-Henri Paquet. According to Paquet's sworn declaration, [TRANSLATION] "all the commotion" around the case, including the news reports involving Tardif and Arthur, is what convinced him to come forward. Subsequently, declared Paquet, he saw the appellant's picture in a newspaper article about the appellant's defamation suit against Tardif and Arthur and was suddenly struck by the eyes of the appellant whom he allegedly recognized as the man he encountered on the night of the murder. Paquet declared:

[TRANSLATION] So at 8 a.m. I decided to go immediately to radio station CHRC to leave a message for Mr. Arthur and/or Mr. Tardif that I would probably have something to add to the France Alain case. (I told an announcer named Mr. Thibeault that the night of the murder someone had said to me "Don't go see it, it's not a nice thing to see.")

Paquet also swore that a few days later (evidently through the intervention of someone at CHRC), he met with Tardif [TRANSLATION] "who had taken charge of the case".

4

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 v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, 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. Against these vital considerations is the principle that the Ministry of the Attorney General and its

travaillé au dossier clos et qui avait pris sa retraite depuis. L'appelant avait déjà travaillé comme lecteur de nouvelles à la station CHRC.

À ce moment-là, plus de huit ans après le meurtre, un journaliste de CHRC (l'appelant prétend qu'il s'agissait d'Arthur lui-même) a communiqué avec Tardif au sujet d'un nouveau témoin qui, à son avis, pourrait fournir la preuve nécessaire d'identification par témoin oculaire. Le témoin s'appelait Paul-Henri Paquet. Selon la déclaration assermentée de Paquet, c'est « tout ce brassage » entourant l'affaire, dont les nouvelles portant sur Tardif et Arthur, qui l'a convaincu d'agir. Paquet a ajouté qu'il avait ensuite vu la photo de l'appelant dans un article de journal portant sur l'action en libelle diffamatoire intentée contre Tardif et Arthur, qu'il avait soudainement été frappé par les yeux de l'appelant et qu'il avait reconnu l'appelant comme l'homme qu'il avait rencontré le soir du meurtre. Paquet a déclaré ce qui suit :

J'ai donc décidé à 8h a.m. de me rendre sans délai au poste de CHRC afin de laisser un message à M. Arthur et/ou M. Tardif que j'aurais probablement quelque chose à ajouter au dossier de France Alain. (J'ai dit à un annonceur M. Thibeault que le soir du meurtre un individu qui m'a dit va pas voir ça c'est pas beau à voir.)

Paquet a aussi déclaré sous serment que, quelques jours plus tard (manifestement en raison de l'intervention d'une personne à CHRC), il avait rencontré Tardif, « qui avait pris charge du dossier ».

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 c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, 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

prosecutors are not above the law and must be held accountable. Individuals caught up in the justice system must be protected from abuses of power. In part, this accountability is achieved through the availability of a civil action for malicious prosecution. As stated by Lamer J. (as he then was) in *Nelles*, at p. 195:

... public confidence in the office of a public prosecutor suffers greatly when the person who is in a position of knowledge in respect of the constitutional and legal impact of his conduct is shielded from civil liability when he abuses the process through a malicious prosecution.

The allegations in this case address one of those exceptional circumstances where it has been established on a balance of probabilities that the prosecutorial office has been found to have been used deliberately for purposes that we believe were improper and inconsistent with the traditional prosecutorial function (*Nelles*, *supra*, at pp. 196-97). Civil liability for malicious prosecution is therefore an appropriate remedy.

With all due respect to L'Heureux-Dubé J.'s statement of the application of "public" common law principles to actions brought in Quebec against the Crown for malicious prosecution, we prefer the analysis of LeBel J.A. (as he then was) in the Quebec Court of Appeal ([1999] R.J.Q. 398), which delineated the respective roles of public law and private law. We think, as well, that his approach is more consonant with the approach to this issue taken in common law jurisdictions. However, nothing turns on this doctrinal difference in the present appeal. Our disagreement with our colleague turns on the facts of this particular case.

It is important to note that when the Quebec Court of Appeal overturned the appellant's

garantir que seules les circonstances les plus exceptionnelles entraînent la responsabilité du ministère public. En contrepartie de ces considérations essentielles, il existe un principe selon lequel le ministère du Procureur général et les substituts du procureur général ne sont pas au-dessus de la loi et doivent rendre compte de leurs actes. Toute personne prise dans l'engrenage du système de justice doit être protégée contre les abus de pouvoir. Cette obligation de rendre compte se concrétise notamment par la possibilité d'une action civile pour poursuites abusives. Comme l'a affirmé le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Nelles*, p. 195 :

... la confiance du public dans l'institution du poursuivant public diminue beaucoup lorsque la personne qui est en mesure de connaître l'impact constitutionnel et juridique de sa conduite est mise à l'abri de la responsabilité civile quand elle abuse du processus en engageant des poursuites abusives.

Les allégations en l'espèce portent sur l'un des cas exceptionnels où il a été établi, suivant la prépondérance des probabilités, que le substitut du procureur général avait délibérément exercé ses pouvoirs à des fins qui, à notre avis, étaient illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant (*Nelles*, précité, p. 196-197). La responsabilité civile pour poursuites abusives constitue donc une réparation appropriée.

Avec égards pour l'affirmation du juge L'Heureux-Dubé quant à l'application des principes de common law « de droit public » aux actions pour poursuites abusives intentées au Québec contre le ministère public, nous préférons l'analyse effectuée par le juge LeBel (maintenant juge de notre Cour) à la Cour d'appel du Québec ([1999] R.J.Q. 398), dans laquelle il a exposé les rôles respectifs du droit public et du droit privé. Nous estimons également que sa conception est plus conforme à la façon dont les tribunaux de common law abordent cette question. Toutefois, cette différence sur le plan des principes applicables n'est pas pertinente dans le présent pourvoi. Notre désaccord avec notre collègue porte sur les faits de la présente affaire.

Il est important de souligner que la Cour d'appel du Québec, lorsqu'elle a annulé la déclaration

conviction on the basis that no properly instructed jury could reasonably have found him guilty beyond a reasonable doubt, it not only criticized the trial judge for palpable errors but also pointed out the speculative and hypothetical nature of the theory which constituted the basis for initiating proceedings against the appellant: [1992] R.J.Q. 2047, 76 C.C.C. (3d) 316. In a concluding statement, the Court of Appeal observed that (at p. 383 C.C.C.):

[TRANSLATION] . . . the jury's verdict rests in part on evidence that the judge should have excluded. We are also of the view that the jury ended up at its verdict on the basis of inadequate instructions, in particular on the visual identification evidence and the question of motive. Finally, we consider that the identification evidence is so lacking in probative value that it would be unreasonable, even taking into account the other evidence called by the Crown, to find beyond a reasonable doubt that Mr. Paquet saw the appellant near the scene of the crime on the evening of October 25, 1982.

7

Like the trial judge and LeBel J.A., dissenting in the result in the Quebec Court of Appeal, we find that the record in this appeal suffices to satisfy the *Nelles* test because it reveals that: (1) the Crown prosecutor did not have reasonable and probable cause upon which to found the charges brought against the appellant, and (2) the prosecution was motivated by an improper purpose which in law constitutes malicious conduct and intentional fault. Thus, for the reasons that follow, we are of the view that this is one of the exceptional cases in which Crown immunity for prosecutorial misconduct should be lifted. We would therefore allow this appeal.

II. Analysis

8

The starting point in any criminal prosecution is the presumption of innocence. The prosecutor must assess, in good faith and without any motive but the furtherance of the administration of justice, whether the presumption of innocence can be rebutted in a court of law. This is a practical decision based on the prosecutor's experience and knowledge, and on

de culpabilité de l'appelant au motif qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu raisonnablement déclarer ce dernier coupable hors de tout doute raisonnable, a non seulement reproché au juge du procès d'avoir commis des erreurs manifestes, mais a également relevé le caractère hypothétique et conjectural de la théorie sur laquelle le ministère public a fondé les poursuites intentées contre l'appelant : [1992] R.J.Q. 2047. La Cour d'appel a fait remarquer en conclusion (à la p. 2087) que :

. . . le verdict du jury repose en partie sur des éléments de preuve que le juge aurait dû exclure. Nous sommes aussi d'avis que le jury a abouti à son verdict à partir de directives inadéquates, notamment sur la preuve d'identification oculaire et concernant la question du mobile. Enfin, nous estimons que la preuve d'identification est à ce point démunie de valeur probante qu'il serait déraisonnable, même en tenant compte des autres éléments invoqués par le ministère public, d'en tirer la conclusion hors de tout doute raisonnable que M. Paquet a vu l'appelant près du crime dans la soirée du 25 octobre 1982.

À l'instar du juge de première instance et du juge LeBel, dissident sur le résultat à la Cour d'appel du Québec, nous estimons que le dossier dans le présent pourvoi suffit pour satisfaire au critère de l'arrêt *Nelles* parce qu'il révèle que : (1) le substitut du procureur général n'avait aucun motif raisonnable et probable sur lequel fonder les accusations portées contre l'appelant; (2) la poursuite était motivée par un but illégitime, qui, en droit, constitue de la malveillance et une faute intentionnelle. Par conséquent, pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis qu'il s'agit de l'un des cas exceptionnels où il faut lever l'immunité du ministère public contre une action fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le présent pourvoi.

II. Analyse

La présomption d'innocence constitue le point de départ de toute poursuite criminelle. Le poursuivant doit déterminer, de bonne foi et dans le seul but de favoriser l'administration de la justice, si la présomption d'innocence peut être réfutée devant une cour de justice. Il s'agit d'une décision pratique, fondée sur l'expérience et les connaissances

his or her assessment of all the potentially relevant evidence. A failed prosecution does not without more — much more — give rise to a viable claim for prosecutorial wrongdoing.

As we have noted above, *Nelles* set out four requirements that must be established on a balance of probabilities by the claimant in an action in damages based on prosecutorial misconduct in order to avoid the Crown's relative immunity against such suits. In this appeal, the first two requirements, namely that the respondent initiated the prosecution, and that the prosecution resulted in the appellant's acquittal, are clearly satisfied. Our disagreement with our colleague relates to the additional two requirements, namely that the respondent lacked reasonable and probable grounds to prosecute the appellant, and that the prosecution was tainted with an improper motive.

A. *Absence of Reasonable and Probable Cause*

The existence of reasonable and probable grounds was defined for present purposes in *Nelles* at p. 193 as follows:

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

The best evidence that the prosecutor lacked reasonable and probable grounds prior to 1991 is the prosecutor's own admission in the stay application that there was no case to justify the laying of charges at that time. As our colleague states at para. 163: "He was aware of his role, his responsibilities and the law, and he closed the file". The analysis, then, turns to the events of 1991, and to a consideration of what changed the prosecutor's decision and resulted in the charge of first degree murder being laid against the appellant on March 20, 1991. Two pieces of evidence appear to have been critical to that reversal. They constitute the bulk of the case against the appellant. Firstly, the eyewitness

du poursuivant, ainsi que sur son évaluation de l'ensemble des éléments de preuve potentiellement pertinents. Le rejet d'une poursuite ne saurait, sans plus — beaucoup plus —, donner lieu à une allégation valable de conduite fautive de la part de la poursuite.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'arrêt *Nelles* énonce quatre conditions que le demandeur doit établir, selon la prépondérance des probabilités, pour écarter l'immunité relative du ministère public contre une action en dommages-intérêts fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant. Dans le présent pourvoi, les deux premières conditions, à savoir que l'intimé a engagé la poursuite et que la poursuite a mené à l'acquiescement de l'appelant, sont manifestement remplies. Notre désaccord avec notre collègue a trait aux deux autres conditions, soit que l'intimé n'avait aucun motif raisonnable et probable pour poursuivre l'appelant et que la poursuite était viciée par un motif illégitime.

A. *L'absence de motif raisonnable et probable*

Aux fins de l'espèce, il y a lieu de reprendre la définition suivante de l'existence de motifs raisonnables et probables figurant dans l'arrêt *Nelles*, p. 193 :

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

La meilleure preuve que le substitut du procureur général n'avait aucun motif raisonnable et probable avant 1991 est son propre aveu, dans la demande d'arrêt des procédures, selon lequel rien ne justifiait le dépôt d'accusations à l'époque. Comme notre collègue l'affirme au par. 163 : « Conscient de son rôle, de ses responsabilités et de la loi, il clôt le dossier ». L'analyse repose donc sur les événements de 1991 et sur l'examen de ce qui a poussé le substitut à changer d'idée et à porter une accusation de meurtre au premier degré contre l'appelant le 20 mars 1991. Deux éléments de preuve paraissent avoir joué un rôle crucial dans cette volte-face. Ils constituent l'essentiel des éléments de preuve

9

10

11

“identification” by Paquet. Secondly, the prosecutor’s re-evaluation, in light of Paquet’s evidence, of the conversation between the appellant and the victim’s father which took place on May 30, 1983 and which was surreptitiously recorded by the police. We will deal with these items separately.

(1) The Evidence of Identification

12 The critical evidence, from the Crown’s perspective, was the alleged identification of the appellant by the witness, Paquet. However, the process through which this identification was carried out was extremely flawed and unusual. As mentioned, Paquet came forward through the intervention of the defendants in the defamation action more than eight years after the murder. He claimed to have seen the probable perpetrator of France Alain’s murder just minutes after she was shot. Although Paquet allegedly reported the encounter to three other people within hours of the murder, it is not explained why he did not go to the police eight years earlier. Indeed, even in 1991, rather than going straight to the police, Paquet went to the CHRC radio station, having been made aware of the well-publicized defamation action brought by the appellant. Paquet made this visit after seeing a photograph of the appellant featured in a newspaper article on February 9, 1991, about the appellant’s initial allegation of defamation. (The appellant began a second action in defamation after his conviction was reversed by the Quebec Court of Appeal on August 20, 1992, but this second action came too late to have any relevance to the present proceedings.) The appellant says it was Arthur himself who initially sent Paquet not to the police but to speak to Tardif.

13 We wish to make it clear that we impugn neither the motives nor the trustworthiness of Paquet. The issue, simply, is the very limited nature of what

recueillis contre l’appelant. Il s’agit en premier lieu de l’« identification » par le témoin oculaire Paquet et, en deuxième lieu, de la réévaluation par le substitut, à la lumière du témoignage de Paquet, de la conversation du 30 mai 1983 entre l’appelant et le père de la victime, qui a été enregistrée clandestinement par la police. Nous examinerons ces éléments séparément.

(1) La preuve d’identification

Du point de vue du ministère public, l’élément de preuve crucial était la présumée identification de l’appelant par le témoin Paquet. Toutefois, cette identification a été obtenue par un processus inusité, qui comportait de très graves lacunes. Comme nous l’avons mentionné, Paquet s’est présenté comme témoin grâce à l’intervention des défendeurs dans l’action en libelle diffamatoire, plus de huit ans après le meurtre. Il a prétendu avoir vu l’auteur probable du meurtre de France Alain quelques minutes à peine après qu’elle a été abattue. Selon les allégations, Paquet aurait relaté cette rencontre à trois autres personnes dans les heures suivant le meurtre, mais aucune explication n’a été fournie quant à la raison pour laquelle il n’a pas communiqué avec la police huit ans auparavant. D’ailleurs, même en 1991, plutôt que de s’adresser directement à la police, Paquet s’est rendu à la station radiophonique CHRC, après avoir appris l’existence très médiatisée de l’action en libelle diffamatoire intentée par l’appelant. Paquet a fait cette visite après avoir vu une photographie de l’appelant publiée le 9 février 1991 dans un article de journal portant sur l’allégation initiale de diffamation de l’appelant. (L’appelant a intenté une deuxième action en libelle diffamatoire après l’annulation de sa déclaration de culpabilité par la Cour d’appel du Québec en date du 20 août 1992, mais cette action a été intentée trop tard pour avoir quelque pertinence que ce soit dans la présente instance.) L’appelant prétend que c’est Arthur lui-même qui a d’abord envoyé Paquet parler à Tardif, plutôt qu’à la police.

Nous tenons à préciser que nous ne mettons aucunement en doute les motifs et la sincérité de Paquet. La question concerne simplement

he could honestly say about his encounter with a [TRANSLATION] “bearded man” on the night in question. Such an encounter may have happened, but what if anything did it have to do with the appellant?

Paquet told Tardif that he had identified the appellant’s eyes from the recently published newspaper photo, eight years after he supposedly saw him during a momentary encounter at night. Tardif then showed Paquet a photo of the appellant, but covered all but the appellant’s eyes. Paquet affirmed that these were the eyes of his “bearded man”, whom he had seen on the night of the murder. However, when the full face of the appellant was revealed, Paquet candidly stated that this was not the man he had seen. This was Paquet’s evidence on this point:

[TRANSLATION] Yes, at some point we were at the scene of the incident that I described this morning, earlier, and then at some point, he [Tardif] had me get into his automobile. Then he said to me: “I’ll show you a photograph of Benoît Proulx.” Then he said: “You tell me whether or not that was who you saw.”

Then I immediately told him, I said: “Do you want to help me out, we can do it this way.” I then said: “Begin by showing me the eyes, cover everything, and then begin by showing me the eyes and then afterwards you’ll pull out your photograph.”

He had a white envelope. It was quite a large photograph. Then he put — he arranged things so as to show me just the eyes, and I then said: “It’s my guy’s eyes, again, there, it’s my bearded guy’s eyes.”

So, when he showed me the photograph, he had a new permanent, I can say and it was black, a big beard and it’s completely different; they weren’t the same glasses. I said: “That’s fine but it’s not my guy.”

He then had a look like he wanted to say: “Well, listen, it’s him.”

Well, I said, “No, it’s not the guy I saw”, after I had recognized only the eyes from the photograph and I didn’t want to agree, accept it. . . . [Emphasis added.]

la portée très limitée de ce qu’il pouvait honnêtement dire au sujet de sa rencontre avec un « barbu » dans la soirée en question. Une telle rencontre s’est peut-être produite, mais en quoi, le cas échéant, pouvait-elle avoir un rapport avec l’appelant?

Paquet a raconté à Tardif qu’il avait identifié les yeux de l’appelant à partir de la photo publiée peu auparavant dans le journal, huit ans après avoir prétendument aperçu l’appelant un soir lors d’une rencontre momentanée. Tardif a alors montré à Paquet une photo de l’appelant, sur laquelle il avait tout couvert sauf les yeux. Paquet a affirmé qu’il s’agissait des yeux de « son barbu », soit celui qu’il avait vu le soir du meurtre. Toutefois, lorsque Tardif lui a montré l’ensemble du visage de l’appelant, Paquet a candidement affirmé qu’il ne s’agissait pas de l’homme qu’il avait vu. Paquet a témoigné ainsi sur ce point :

Oui, à un moment donné on a été sur les lieux de l’incident que j’ai énumérés ce matin, tantôt, et puis à un moment donné il [M. Tardif] m’a fait embarquer dans son automobile puis il dit : « Je vas te montrer une photo de Benoît Proulx puis, il dit, tu vas me dire si celle-là que t’as vue ou pas vue ».

Alors, je lui ai dit tout de suite, j’ai dit : « Veux-tu me faire une affaire, on va faire une affaire, là, j’ai dit, commence par me montrer les yeux, cache tout, là, puis commence par me montrer les yeux puis après ça tu sortiras ta photo ».

Alors, il avait une enveloppe blanche, c’est une photographie assez grande, alors il a mis — il s’est arrangé pour me montrer juste les yeux, bien, j’ai dit : « C’est les yeux de mon gars, encore une fois, là, c’est les yeux de mon barbu ».

Alors, quand qu’il m’a montré la photo, là il avait une permanente neuve, là, que je peux dire, là, et puis noir, une grande barbe puis c’est complètement différent, ce n’était pas les mêmes lunettes, j’ai dit : « C’est bien de valeur mais ce n’est pas mon gars ».

Alors là, il avait de l’air à vouloir dire : « Bien cou-donc, c’est bien lui ».

Bien, j’ai dit : « Non, ce n’est pas celui que j’ai vu », après que j’ai reconnu les yeux seulement sur cette photo-là puis je n’ai pas voulu donner, accepter, là . . . [Nous soulignons.]

15 Tardif did not disclose the existence of Paquet's evidence to the police for several weeks thereafter. The prosecutor was then made aware of Paquet's existence and of Tardif's attempt to implicate the appellant.

16 Once Paquet's existence had been disclosed to the authorities, the Crown prosecutor met with Paquet in the presence of Tardif, and Paquet was shown a series of eight more photographs of the appellant taken during a labour dispute, in which the appellant was protesting in front of his radio station. There was no proper reason for Tardif, with his own separate agenda, to be allowed to be present at this meeting. There was even less reason for the City of Sainte-Foy then to hire Tardif as part of the criminal investigation team despite his obvious conflict of interest.

17 No photographs of similar-looking people were included in the eight photographs. If Paquet were to make an identification at all, it had to be of the appellant. On this point we agree with the observation made in *R. v. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145, at pp. 147-48, referred to by our colleague at para. 191, but with respect, it seems to refute rather than support her conclusion. In that case, Lord Hewart C.J. wrote, at p. 148:

One distinction, however, is quite clear. It is one thing for a police officer, who is in doubt upon the question who shall be arrested, to show a photograph to another person in order to obtain information or a clue upon that matter; it is another thing for a police officer dealing with witnesses who are afterwards to be called as identifying witnesses to show to those persons photographs of those whom they are about to be asked to identify beforehand.

18 Our colleague suggests that *Dwyer* does not impugn the Crown Prosecutor's conduct in this instance, but rather supports her position because "[t]he identification of the appellant was merely one element in the body of circumstantial evidence on which the charge was based" (para. 192). However, with respect, this understates its importance. The prosecutor needed to know whether Paquet could

Tardif s'est abstenu pendant plusieurs semaines de révéler l'existence du témoignage de Paquet à la police. Le substitut du procureur général a ensuite appris l'existence de Paquet et la tentative de Tardif d'impliquer l'appelant dans le meurtre.

Après que l'existence de Paquet a été révélée aux autorités, le substitut du procureur général a rencontré Paquet en présence de Tardif. On lui a alors montré une série de huit photographies supplémentaires de l'appelant, prises lors d'un conflit de travail où l'appelant protestait en face de sa station radiophonique. Aucune raison valable ne justifiait que l'on permette à Tardif, qui avait ses propres visées, d'assister à cette rencontre. Il y avait encore moins de raisons justifiant que la ville de Sainte-Foy engage Tardif comme membre de l'équipe des enquêtes criminelles malgré son conflit d'intérêts flagrant.

Aucune photographie de personnes d'aspect semblable ne figurait parmi les huit photographies. Si Paquet identifiait quelqu'un, cela devait être l'appelant. À cet égard, nous sommes d'accord avec l'observation faite dans la décision *R. c. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145, p. 147 et 148, à laquelle notre collègue a renvoyé au par. 191, mais, à notre humble avis, cette décision semble réfuter plutôt qu'appuyer sa conclusion. Dans cette affaire, le lord juge en chef Hewart a écrit à la p. 148 :

[TRADUCTION] Cependant, une distinction ressort clairement. C'est une chose pour un policier qui ne sait pas avec certitude quelles personnes il doit arrêter que de montrer une photographie à une autre personne afin d'obtenir des renseignements ou des indices à cet égard; c'est une tout autre chose pour un policier qui traite avec des témoins, qui seront appelés à fournir une preuve d'identification, que de leur montrer au préalable des photographies des personnes qu'on leur demandera bientôt d'identifier.

Notre collègue laisse entendre que l'arrêt *Dwyer* ne met pas en doute la conduite du procureur du ministère public en l'espèce, mais qu'il étaye son opinion parce que « [l']identification de l'appelant n'était qu'un jalon dans l'ensemble de la preuve circonstancielle sur laquelle l'accusation était basée » (par. 192). Cependant, en toute déférence, cela minimise l'importance de l'identification. Le

provide credible evidence of identity to overcome the presumption of the appellant's innocence. It was the prosecutor's own view that without Paquet he had no case. It was therefore critical for him to determine whether or not Paquet could supply the missing evidentiary link in court. The prosecutor may have been persuaded of the appellant's guilt. The question for him in March 1991 was whether he could prove it.

Furthermore, in light of the publicity surrounding the defamation action, Paquet knew perfectly well the importance attached by Tardif to identifying the appellant as the "bearded man". In this case, unlike the situation contemplated by Lord Hewart C.J., the prosecutor himself was present at this improper identification procedure.

Paquet then identified the appellant in one of the eight photos, stating that this was his "bearded man", whom he had seen on the night of the murder. However, as pointed out by the judges of the Court of Appeal in the criminal proceedings, the appellant's eyes, which Paquet claimed were critical to his identification, were not visible in this particular photograph.

The prosecutor not only admitted at trial that a positive identification of the appellant was never made but also that this was not possible because the eyes and beard were the only traits of the appellant that Paquet was ever able to identify. The prosecutor was familiar with the fundamental rules of eyewitness identification. He also knew he had to prove identification beyond a reasonable doubt in order to obtain a proper conviction. His willingness to pursue the appellant with a charge of first degree murder in these circumstances is central to the determination of whether this is a case of mere recklessness or malice.

The deficiencies in Paquet's evidence must have been obvious to the prosecutor from the outset, and indeed his view of the matter is shown by his treatment of Paquet at trial, where he deliberately

substitut du procureur général avait besoin de savoir si Paquet pouvait fournir une preuve d'identité crédible et ainsi réfuter la présomption d'innocence de l'appelant. Le substitut lui-même estimait qu'il n'avait pas de preuve sans Paquet. Il était donc essentiel pour lui de déterminer si Paquet pouvait fournir le lien probant manquant devant le tribunal. Le substitut était peut-être convaincu de la culpabilité de l'appelant. La question qu'il devait se poser en mars 1991 était de savoir s'il pouvait la prouver.

De plus, à la lumière de la publicité entourant l'action en libelle diffamatoire, Paquet était parfaitement conscient de l'importance qu'accordait Tardif à l'identification de l'appelant comme étant « le barbu ». En l'espèce, contrairement aux faits dont était saisi le lord juge en chef Hewart, le substitut du procureur général lui-même était présent lors de cette procédure d'identification irrégulière.

Paquet a alors identifié l'appelant sur l'une des huit photos, disant qu'il s'agissait de « son barbu » qu'il avait vu le soir du meurtre. Toutefois, comme l'ont souligné les juges de la Cour d'appel dans l'instance criminelle, les yeux de l'appelant, qui, selon Paquet, étaient essentiels à son identification, n'étaient pas visibles sur cette photographie.

Le substitut du procureur général a admis au procès non seulement que l'appelant n'avait jamais été identifié formellement, mais qu'une telle identification était impossible puisque les yeux et la barbe constituaient les seuls traits de l'appelant que Paquet était en mesure d'identifier. Le substitut connaissait bien les règles fondamentales de l'identification par témoin oculaire. Il savait également qu'il devait prouver l'identification hors de tout doute raisonnable pour obtenir une déclaration de culpabilité régulière. Son empressement à poursuivre l'appelant en l'inculpant de meurtre au premier degré dans ces circonstances est capital en ce qui concerne la question de savoir s'il y a eu simple insouciance ou malveillance.

Les lacunes du témoignage de Paquet ont dû apparaître clairement dès le début au substitut du procureur général. D'ailleurs, la manière dont il a traité Paquet au procès — il s'est délibérément

19

20

21

22

chose not to ask Paquet to identify the appellant in the courtroom. He admitted that this was because Paquet could not do so, seeing as he recognized only the eyes and possibly only the shape of the eyes of a “bearded man”. An obvious question arises in these circumstances: if a legitimate, unequivocal or even adequate identification of the appellant had already been made by Paquet, is it conceivable that he would be entirely incapable of identifying the appellant in person? The appellant may have discarded his beard and put on some weight in the intervening years but Paquet’s identification allegedly centred on “the eyes”, which were the same. In our view, such a flagrantly inadequate eyewitness identification could not have served as a legitimate basis for proceeding to trial.

23 Nor, in our view, do the cases cited by our colleague lend support to what was done here. In *R. v. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453 (B.C.C.A.), the witness had positively identified the accused as his assailant on previous occasions (at a line-up and at a preliminary hearing). In the case at bar, there was no such prior identification. Paquet said only that he encountered a man with a beard and distinctive eyes at night around the time of the murder and near the scene of the crime, and came forward more than eight years later.

24 In *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, as well, there was strong identification evidence before the irregularities took place during subsequent identification sessions. It is important to recall that Wilson J. said in *Mezzo* that the improprieties in the line-up do not necessarily destroy otherwise good evidence. The operative words here are “otherwise good evidence”. Similarly, in *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, which is discussed by Wilson J. in *Mezzo*, this Court found that the trial judge properly put the identification evidence to the jury in spite of the problems with its quality because the complainant actually identified the accused on two occasions at the police station. In the case at bar, not only were there irregularities that were so “improper as to be beyond the power

abstenu de lui demander d’identifier l’appellant dans la salle d’audience — reflète son opinion à cet égard. Il a admis avoir agi ainsi au motif que Paquet n’était pas en mesure de faire cette identification puisqu’il ne reconnaissait que les yeux, et peut-être même seulement la forme des yeux d’un « barbu ». Une question évidente se pose dans ces circonstances : si Paquet avait déjà fourni une identification légitime, sans équivoque ou même adéquate de l’appellant, est-il concevable qu’il ait été totalement incapable d’identifier l’appellant en personne? L’appellant pouvait avoir rasé sa barbe et pris du poids entre-temps, mais on allègue que l’élément central de l’identification faite par Paquet était « les yeux », qui n’avaient pas changé. À notre avis, une identification par témoin oculaire si manifestement inadéquate ne pouvait pas légitimement fonder la tenue d’un procès.

À notre avis, les décisions que notre collègue a citées n’appuient pas non plus ce qui a été fait en l’espèce. Dans l’arrêt *R. c. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453 (C.A.C.-B.), le témoin avait identifié formellement l’accusé comme son agresseur à des occasions antérieures (à une séance d’identification et lors de l’enquête préliminaire). En l’espèce, il n’y a pas eu une telle identification préalable. Paquet a seulement dit avoir rencontré le soir, vers le moment et près du lieu du meurtre, un barbu ayant des yeux distinctifs, et il s’est fait connaître plus de huit ans plus tard.

Dans l’arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, il y avait également une forte preuve d’identification avant que des irrégularités ne soient commises au cours des séances d’identification ultérieures. Il est important de rappeler que le juge Wilson a affirmé, dans *Mezzo*, que les irrégularités de la séance d’identification n’anéantissent pas nécessairement une preuve par ailleurs irréprochable. Les mots clés à cet égard sont « une preuve par ailleurs irréprochable ». De la même manière, dans l’arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, qu’a examiné le juge Wilson dans *Mezzo*, notre Cour a conclu que le juge du procès avait eu raison de soumettre la preuve d’identification au jury malgré les problèmes liés à la qualité de cette preuve, car le plaignant avait en fait identifié l’accusé à deux

of the jury to handle given a proper direction by the trial judge” (to borrow the words of Wilson J. at p. 833) but no identification of the appellant by the only identification witness, Paquet, had ever taken place.

Even the majority judges in the Quebec Court of Appeal (Beauregard and Brossard J.J.A.) strongly disapproved of the manner in which the investigation was conducted. In fact, in his judgment, Brossard J.A. condemned the prosecutor for: (1) lending any credibility at all to the evidence of identification provided by Paquet, and (2) failing to take into account the probable inadmissibility of the recorded conversation in light of existing case law. Brossard J.A. added that on both of these points, the prosecutor was wrong and negligent in carrying out his professional mandate.

(2) The Recorded Conversation

The prosecutor says that the emergence of Paquet’s evidence caused him to re-examine the file, and in particular the surreptitiously recorded conversation between the appellant and the victim’s father. There were two problems with reliance on the recorded conversation. Firstly, the prosecutor must have known it was not properly admissible. Secondly, even if admissible, it proved nothing.

In her analysis, L’Heureux-Dubé J. takes issue with the Court of Appeal’s ruling in the criminal trial that the recordings should have been declared inadmissible under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. She emphasizes that, at the time this conversation was recorded in 1983, the law had yet to develop to the point that the prosecutor would have known that the tapes would be inadmissible. Further, by the time of the criminal proceedings in 1991, a trial judge would still have the discretion, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, to determine whether the admission of this evidence

reprises au poste de police. Dans la présente affaire, non seulement y a-t-il eu des irrégularités « manifestement irrégulières[s] [. . .] au point que le jury ne puisse [pas] [a]pprécier [la séance d’identification] après avoir reçu des directives appropriées du juge du procès » (pour reprendre les termes du juge Wilson à la p. 833), mais l’identification de l’appellant par Paquet, le seul témoin auteur de l’identification, n’a jamais eu lieu.

Même les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec (les juges Beauregard et Brossard) ont désapprouvé vigoureusement la manière dont l’enquête a été menée. En fait, dans son jugement, le juge Brossard a blâmé le substitut du procureur général pour : (1) avoir accordé quelque crédibilité que ce soit à la preuve d’identification fournie par Paquet; (2) ne pas avoir pris en considération l’inadmissibilité probable de la conversation enregistrée à la lumière de la jurisprudence existante. Le juge Brossard a ajouté que, sur ces deux points, le substitut avait été fautif et négligent dans l’exercice de son mandat professionnel.

(2) La conversation enregistrée

Le substitut du procureur général dit que l’arrivée du témoignage de Paquet l’a incité à réexaminer le dossier, et en particulier la conversation entre l’appellant et le père de la victime qui a avait été enregistrée clandestinement. Il était problématique de se fier à la conversation enregistrée pour deux raisons. Premièrement, comme le substitut devait le savoir, elle n’était pas régulièrement admissible. Deuxièmement, même si elle avait été admissible, elle n’aurait rien prouvé.

Dans son analyse, le juge L’Heureux-Dubé n’est pas d’accord avec la décision de la Cour d’appel dans le procès criminel selon laquelle les enregistrements auraient dû être déclarés inadmissibles en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle souligne qu’au moment de l’enregistrement de la conversation en 1983, le droit n’avait pas encore évolué au point où le substitut du procureur général pouvait savoir que les enregistrements seraient inadmissibles. En outre, au moment de l’instance criminelle en 1991, le juge du procès avait toujours le pouvoir

25

26

27

would bring the administration of justice into disrepute and thus, to find it admissible proof.

28 We respectfully disagree with this reasoning. In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, this Court clearly held that the surreptitious electronic surveillance of an individual by an agency of the state constitutes an unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*. On this authority, it is clear that, by the time criminal charges were brought in 1991, the Crown prosecutor would have known, or at least should be taken to have known, that unauthorized police recordings of the appellant's communications made without his knowledge or consent were not proper evidence.

29 Further, even if the tapes were admissible, the Crown would have known that they had no probative value. At best, they contained the appellant's speculations in regard to the crime, which were made in response to continued prompting by the victim's father. In addition, within this conversation the appellant denounced the killing and said he himself was incapable of such an act. He thus explicitly denied any complicity in the crime. Given these considerations, it is clear that the tapes, in and of themselves, could not serve to establish reasonable and probable cause for the prosecution initiated against the appellant. The way in which this recording was manipulated by the prosecutor before the jury will be discussed below in connection with malice or improper purpose.

(3) Other Factors

30 Several other factors further reveal the absence of reasonable and probable cause for the appellant's prosecution. To begin, the prosecution did not advance any proof of motive. As LeBel J.A. noted in his reasons at the Court of Appeal, the Crown had no evidence to support its theory that the appellant was enraged after his relationship with the victim ended (p. 428). Further, there was no evidence that the appellant left work at any time on the

discrétionnaire, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, de déterminer si l'admission de ces éléments de preuve déconsidérerait ou non l'administration de la justice et, par conséquent, celui de conclure à leur admissibilité.

Nous ne souscrivons pas à ce raisonnement. Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, notre Cour a clairement conclu que la surveillance électronique clandestine d'un particulier par un agent de l'État constituait une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. En raison de cet arrêt, il est clair que lorsque les accusations criminelles ont été portées en 1991, le substitut du procureur général savait ou, à tout le moins, était présumé savoir que l'enregistrement par la police des communications de l'appelant à son insu ou sans son consentement ne constituait pas une preuve valable.

En outre, même si les enregistrements avaient été admissibles, le ministère public aurait dû savoir qu'ils n'avaient aucune valeur probante. Au mieux, ils contenaient les hypothèses qu'avaient émises l'appelant au sujet du crime en réponse à l'insistance continue du père de la victime. De plus, dans cette conversation, l'appelant a dénoncé le meurtre et a dit qu'il serait incapable de faire une telle chose. Il a donc explicitement nié toute complicité dans le crime. Compte tenu de ces considérations, il est clair que les enregistrements ne pouvaient pas en soi servir à établir des motifs raisonnables et probables à l'appui de la poursuite intentée contre l'appelant. Nous aborderons plus loin, lorsqu'il sera question de la malveillance et du but illégitime, la façon dont le substitut du procureur général a manipulé ces enregistrements devant le jury.

(3) Les autres facteurs

Plusieurs autres facteurs révèlent l'absence de motif raisonnable et probable à l'appui de la poursuite intentée contre l'appelant. Tout d'abord, le substitut du procureur général n'a présenté aucun élément de preuve relatif au mobile. Comme le juge LeBel l'a souligné dans ses motifs en Cour d'appel, le ministère public n'avait aucune preuve appuyant sa théorie selon laquelle l'appelant était furieux après la fin de sa relation avec

night of the murder, or proof of the allegation that he knew facts and details about the murder before other media did. Finally, the police investigation never produced any weapon or evidence to suggest that the appellant owned a firearm.

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. See *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Nelles, supra*; *R. v. Charest* (1990), 28 Q.A.C. 258; and *R. v. S. (F.)* (2000), 47 O.R. (3d) 349 (C.A.). We think it must have been clear to the prosecutor on March 20, 1991, when he authorized the charge of first degree murder against the appellant, that this evidence could not *properly* have resulted in a conviction.

Our colleague relies greatly on the facts that the preliminary inquiry judge concluded there was sufficient evidence to send the appellant to trial; that the trial judge did not direct a verdict of acquittal; and that the jury convicted. However, these events post-dated the prosecutor's decision, and were in each instance decisions governed by different considerations. More importantly, the trial was, as found by the unanimous Court of Appeal in the criminal case, deeply flawed. In our opinion, the prosecutor cannot bootstrap his own position on

la victime (p. 428). En outre, rien ne prouvait que l'appelant avait quitté son travail à quelque moment que ce soit le soir du meurtre, et il n'y avait aucune preuve de l'allégation qu'il connaissait des faits et des détails au sujet du meurtre avant les autres médias. Enfin, l'enquête policière n'a mené à la production d'aucune arme ni d'aucun élément de preuve indiquant que l'appelant possédait une arme à feu.

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. Voir *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Nelles*, précité; *R. c. Charest* (1990), 28 Q.A.C. 258; et *R. c. S. (F.)* (2000), 47 O.R. (3d) 349 (C.A.). Nous estimons que, lorsqu'il a autorisé l'inculpation de l'appelant pour meurtre au premier degré le 20 mars 1991, le substitut du procureur général aurait manifestement dû savoir que ces éléments de preuve n'auraient pas pu *régulièrement* entraîner une déclaration de culpabilité.

Notre collègue se fonde en grande partie sur les faits suivants : le juge chargé de l'enquête préliminaire a conclu qu'il existait suffisamment d'éléments de preuve pour renvoyer l'appelant à son procès; le juge du procès n'a pas imposé un verdict d'acquiescement; le jury a prononcé une déclaration de culpabilité. Ces faits étaient toutefois postérieurs à la décision du substitut du procureur général et, dans chaque cas, il s'agissait de décisions régies par des considérations différentes. Fait plus important, le procès était profondément vicié, comme l'a

31

32

the basis of flawed court decisions that were swept away by the acquittal directed by the Court of Appeal.

33

Nor can the prosecutor rely on consultations that he had with colleagues and superiors. He knew more about the case than they did and, as the holder of an important office under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the decision to lay the charge was his and his alone: *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at para. 33.

34

In our view, the charges brought against the appellant were based on fragments of tenuous, unreliable and likely inadmissible evidence. They were accurately characterized by Rioux J. at trial and LeBel J.A., dissenting, in the Court of Appeal, as being grounded in mere suspicion and hypotheses. As such, it could not serve to prove the appellant's guilt beyond a reasonable doubt. This being the case, we are of the view that the proceedings at issue were not based on reasonable and probable cause.

B. *Malice or Improper Purpose*

35

In addition to an absence of reasonable and probable cause, a suit brought pursuant to an allegedly abusive prosecution may succeed only where malice or an improper purpose is shown. This criterion was discussed by Lamer J. in *Nelles*, *supra*. Writing for a majority of this Court, Lamer J. noted that cases of malicious prosecution involve serious allegations, which relate to the misuse and abuse of the criminal process and the office of the Crown Attorney. He stated (at pp. 193-94 and 196-97):

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

conclu la Cour d'appel à l'unanimité dans l'affaire criminelle. À notre avis, le substitut du procureur général ne peut pas asseoir sa propre position sur des décisions judiciaires profondément viciées qui ont été écartées par l'acquittement imposé par la Cour d'appel.

Le substitut du procureur général ne peut pas non plus s'appuyer sur les avis qu'il a demandés à ses collègues et ses supérieurs. Il en connaissait plus qu'eux sur l'affaire et, en tant que titulaire d'une charge importante en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, il était le seul à pouvoir décider de porter l'accusation : *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 33.

D'après nous, les accusations portées contre l'appelant étaient fondées sur des fragments d'une preuve ténue, non fiable et vraisemblablement inadmissible. Le juge Rioux, au procès, et le juge LeBel, dissident en Cour d'appel, les ont considérées à juste titre comme s'appuyant sur de simples soupçons et hypothèses. Ces éléments de preuve ne pouvaient donc pas servir à démontrer la culpabilité de l'appelant hors de tout doute raisonnable. Cela étant, nous sommes d'avis que la poursuite en question n'était pas fondée sur des motifs raisonnables et probables.

B. *La malveillance ou le but illégitime*

Pour qu'une action reprochant des poursuites abusives soit accueillie, il faut démontrer non seulement l'absence de motif raisonnable et probable, mais aussi la malveillance ou un but illégitime. Le juge Lamer a analysé ce critère dans l'arrêt *Nelles*, précité. S'exprimant au nom de la majorité de notre Cour, le juge Lamer a souligné que les cas de poursuites abusives comportaient des allégations graves ayant trait à l'abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne. Il a affirmé ce qui suit (aux p. 193-194 et 196-197) :

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

Crown Attorney, a use inconsistent with the status of “minister of justice”.

procureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de « représentant de la justice ».

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 and inconsistent with the traditional prosecutorial function. [Emphasis in original.]

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 des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant. [Souligné dans l’original.]

As such, a suit for malicious prosecution must be based on more than recklessness or gross negligence. Rather, it requires evidence that reveals a willful and intentional effort on the Crown’s part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system. In the civil law of Quebec, this is captured by the notion of “intentional fault”. The key to a malicious prosecution is malice, but the concept of malice in this context includes prosecutorial conduct that is fueled by an “improper purpose” or, in the words of Lamer J. in *Nelles*, *supra*, a purpose “inconsistent with the status of ‘minister of justice’” (pp. 193-94).

Par conséquent, une action pour poursuites abusives doit reposer sur plus que l’insouciance ou la négligence grave. Une telle action exige plutôt des éléments de preuve révélant 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. En droit civil québécois, un tel comportement est inclus dans la notion de « faute intentionnelle ». L’élément clé de la poursuite abusive est la malveillance, mais la notion de malveillance dans ce contexte inclut la conduite du poursuivant qui est motivée par un « but illégitime » ou, pour reprendre les propos du juge Lamer dans l’arrêt *Nelles*, précité, par un but « incompatible avec sa qualité de “représentant de la justice” » (p. 194).

The trial judge in this case held that the prosecutor acted for an improper motive. It was the task of the trial judge, Rioux J., to find the facts, and in our view, after looking at all the circumstances, his findings are entitled to deference that the majority of the Court of Appeal was not prepared to give. In short, in our opinion, the Court of Appeal wrongly interfered with the findings of the trial judge.

En l’espèce, le juge de première instance a conclu que le substitut du procureur général avait agi pour un motif illégitime. Il incombait au juge de première instance, le juge Rioux, d’apprécier les faits, et nous estimons qu’à la lumière de l’ensemble des circonstances, ses conclusions devaient faire l’objet d’une retenue judiciaire que les juges majoritaires de la Cour d’appel n’étaient pas prêts à leur accorder. Bref, nous sommes d’avis que la Cour d’appel a modifié à tort les conclusions du juge de première instance.

In the case at bar, various significant factors stand out as indicators of an improper purpose underlying the Crown’s decision to initiate proceedings against the appellant. In discussing these factors, we do not wish to emphasize the importance of one over another. In the final analysis, it is the totality of all the circumstances that are to be considered in cases of this kind.

En l’espèce, différents facteurs importants indiquent qu’un but illégitime sous-tendait la décision du ministère public d’intenter des poursuites contre l’appelant. Dans l’analyse de ces facteurs, nous ne voulons pas mettre l’accent sur l’importance de l’un de ces facteurs par rapport aux autres. En bout de ligne, c’est l’ensemble des circonstances qui doit être pris en considération dans des affaires de ce genre.

36

37

38

At the outset, the absence of reasonable and probable cause, which has been discussed above, is particularly noteworthy. The Crown prosecutor ignored the probable inadmissibility and lack of probative value of the recorded communications between the appellant and the victim's father. He also relied on the extremely tenuous identification evidence offered by Paquet as the primary basis for reopening the investigation and prosecuting the appellant. All of this occurred in the context of the well-publicized million dollar defamation action brought by the appellant. In these exceptional circumstances, in our opinion, no prosecutor acting in good faith would have proceeded to trial on a first degree murder charge with such substandard and incomplete proof. The decision to recruit the retired policeman, Tardif, to assist in the resurrected prosecution file, notwithstanding Tardif's status as a defendant in the appellant's defamation suit, is further evidence of malice in the sense of the prosecutor's apparent indifference to the improper mixing of public and private business.

39

The manner in which the prosecutor dealt with the surreptitiously recorded conversation between the appellant and the victim's father further points to an improper purpose. We must assume that the prosecutor knew the relevant law, and in particular that the surreptitiously recorded conversation was not properly admissible (*Duarte, supra*). His decision to proceed regardless is evidence of malice, and his success in persuading the trial judge to erroneously admit the improper evidence is, if anything, an aggravating circumstance.

40

During the recorded conversation, in response to prodding by the victim's father, the appellant speculated on the type of person who may have committed the murder and, as mentioned earlier, expressly denounced the act in no uncertain terms. The prosecutor, however, invited the jury to replace the

Dès le départ, l'absence de motif raisonnable et probable, dont nous avons traité précédemment, retient particulièrement l'attention. Le substitut du procureur général n'a tenu aucun compte de l'inadmissibilité probable et de l'absence de valeur probante de l'enregistrement clandestin des communications entre l'appelant et le père de la victime. Il s'est aussi appuyé sur la preuve d'identification extrêmement ténue fournie par Paquet comme motif principal pour rouvrir l'enquête et poursuivre l'appelant. Tout cela s'est produit dans le contexte de l'action en libelle diffamatoire très médiatisée dans laquelle l'appelant réclamait un million de dollars. Nous estimons que, vu ces circonstances exceptionnelles, aucun substitut agissant de bonne foi n'aurait procédé à l'instruction d'une affaire de meurtre au premier degré sur la foi d'une preuve aussi inférieure aux normes et aussi incomplète. La décision de faire appel aux services du policier à la retraite, Tardif, dans le dossier rouvert par la poursuite, malgré sa qualité de défendeur dans l'action en libelle diffamatoire de l'appelant, constitue un élément de preuve supplémentaire de malveillance, en ce sens que le substitut ne s'est apparemment pas soucié de mélanger irrégulièrement une affaire d'intérêt public avec une affaire d'intérêt privé.

La manière dont le substitut du procureur général a traité l'enregistrement clandestin de la conversation entre l'appelant et le père de la victime indique également l'existence d'un but illégitime. Nous devons tenir pour acquis que le substitut connaissait le droit applicable et, notamment, qu'il savait que la conversation enregistrée clandestinement n'était pas régulièrement admissible (*Duarte, précité*). Sa décision d'aller de l'avant malgré tout constitue une preuve de malveillance, et le fait qu'il ait réussi à convaincre le juge du procès d'admettre l'élément de preuve irrégulier n'ajoute rien et ne pourrait constituer qu'une circonstance aggravante.

Lors de la conversation enregistrée, en réponse aux questions insistantes du père de la victime, l'appelant a émis des hypothèses sur le genre de personne susceptible d'avoir commis le meurtre et, comme nous l'avons mentionné plus tôt, il a dénoncé expressément l'acte en des termes non

word “he” in the appellant’s conversation with “I”, thereby creating the illusion that the appellant was speaking about the murder in the first person rather than in the third and thus confessing to be the killer, as follows:

[TRANSLATION] If we don’t put his words into the third person, as he did so well, we can say the following, keeping in mind that these words came out of his own mouth during his conversation with Mr. Alain:

“France made a mistake at one point that I understood to be out of spite.”

Now I’ll replace “he” with “I”.

“Then something mean was done to me, that was premeditated, then it was something really insulting.

Because I did that, I mean, I’m a guy who, I don’t know, I’ve always had that idea in my mind, and I don’t know why I can’t get rid of it.”

As found by the Court of Appeal in the criminal case, this manipulative approach effectively distorted the appellant’s words, and improperly transformed them into a full confession of guilt. The Crown’s actions thus were more than careless. Rather, they represented an active effort to obtain a conviction at any price. This ran counter to the nature and spirit of the Crown Attorney’s role, which was aptly described by Rand J. in *Boucher*, *supra*, at pp. 23-24, in a well-known passage:

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

équivoques. Le substitut du procureur général a toutefois invité le jury à remplacer le mot « il » par le mot « je » dans le récit de l’appelant, ce qui a créé l’illusion que l’appelant parlait du meurtre à la première personne plutôt qu’à la troisième personne et qu’il confessait donc être le meurtrier, comme l’indique l’extrait suivant :

Si l’on ne transpose pas ses paroles à la troisième personne, comme il le fait si bien, l’on peut dire comme suit, tout cela n’oubliant pas que ces paroles viennent de sa propre bouche, lors de son entretien avec monsieur Alain:

« France a fait, à un moment donné, une erreur, que j’ai décodée, là j’ai pensé être un geste malicieux. »

Je remplace les « il » par des « je ».

« Puis qu’il y avait quelque chose de blessant à mon endroit, qui été prémédité, puis qui était quelque chose de vraiment offensant.

Parce que j’ai fais ça, je veux dire, je suis un bon-homme qui, je ne sais pas moi, j’ai toujours eu cette idée-là en tête, puis je ne sais pas pourquoi je n’arrive pas à m’en débarrasser. »

Comme l’a conclu la Cour d’appel dans l’affaire criminelle, cette technique de manipulation a, en réalité, déformé les mots de l’appelant et les a irrégulièrement transformés en aveu complet de culpabilité. Les actes du ministère public n’étaient pas imputables à sa simple insouciance. Au contraire, ils constituaient un effort conscient en vue d’obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix, ce qui allait à l’encontre de la nature et de l’esprit du rôle du substitut du procureur général, que le juge Rand a judicieusement décrit dans l’arrêt *Boucher*, précité, p. 23 et 24, dans un passage bien connu :

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

the seriousness and the justness of judicial proceedings. [Emphasis added.]

42

The tangled relationship between the criminal proceedings initiated against the appellant, and the appellant's defamation suits against Tardif and André Arthur, also suggests that the prosecution was motivated by an improper purpose. The prosecutor knew about the defamation suits, and that Tardif was retired by the time Paquet came forward. Nevertheless, he allowed Tardif to resume work on the case, even though he was in a conflict of interest and had no authority to conduct an investigation or to gather evidence. The prosecutor also knew that Paquet had been in contact with Tardif for several weeks before police authorities were contacted. He was further aware that Paquet had "often" seen newspaper photographs of the appellant in the past, but chose to come forward only in 1991. The prosecutor also knew about the first identification session with Tardif, in which Paquet was shown a photo of the appellant with all but his eyes covered, and Tardif was allowed to be present during the second identification session held in the prosecutor's office.

43

One might ask why the prosecutor did not question Tardif's involvement in the case or scrutinize the credibility of a witness who was brought forward after having first been in contact with the CHRC radio station, and then with Tardif. 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

comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires. [Nous soulignons.]

La relation inextricable entre la poursuite criminelle intentée contre l'appelant et les actions en libelle diffamatoire qu'a intentées l'appelant contre Tardif et André Arthur indiquent également que le substitut du procureur général était motivé par un but illégitime. Le substitut connaissait l'existence des actions en libelle diffamatoire et savait que Tardif était à la retraite lorsque Paquet s'est fait connaître. Il a néanmoins permis à Tardif de recommencer à enquêter sur l'affaire même si ce dernier se trouvait en conflit d'intérêts et n'avait pas le pouvoir de mener une enquête ni celui de recueillir des éléments de preuve. Le substitut savait aussi que Paquet avait été en communication avec Tardif pendant plusieurs semaines avant que les autorités policières ne soient contactées. Il savait en outre que Paquet avait « souvent » vu des photographies de l'appelant dans les journaux par le passé, mais qu'il avait décidé de se faire connaître seulement en 1991. Le substitut était également au courant de la première séance d'identification, au cours de laquelle Tardif avait montré à Paquet une photo de l'appelant sur laquelle tout avait été couvert sauf les yeux, et il a permis à Tardif d'assister à la deuxième séance d'identification tenue dans son bureau.

On pourrait se demander pourquoi le substitut du procureur général ne s'est pas posé de questions sur la participation de Tardif à l'affaire et n'a pas vérifié la crédibilité d'un témoin qui ne s'est présenté qu'après avoir communiqué d'abord avec la station radiophonique CHRC, puis avec Tardif. 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

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.

To recapitulate on the question of motive, it was the prosecutor's opinion in 1986 that there were no reasonable and probable grounds to lay the murder charge. The problematic evidence of Paquet and the "reconsidered" evidence of the surreptitious police recording did not, on any reasonable view, remedy the obvious deficiencies. What then motivated the prosecutor? If it was a simple lapse of judgment, the appellant has no cause of action. But there is more. Despite knowledge of the private interest of CHRC and Tardif in defending the defamation action, the prosecutor did not keep himself at arm's length but invited Tardif, the civil defendant, back on to the criminal prosecution team. The key witness, Paquet, was interviewed with Tardif's participation. This was despite the prosecutor's knowledge of Tardif's previous efforts to obtain from Paquet an identification that Paquet could not in truth make. The prosecutor might have been persuaded of the appellant's guilt, but he must have known that he lacked the credible evidence to prove it. This leads, on a balance of probabilities, to one of two conclusions. Either the prosecutor allowed his office to be used in aid of the defence of a civil defamation action, which is a perversion of powers (*détournement de pouvoirs*) and an abuse of prosecutorial power, and thus malice in law; or, the prosecutor decided in 1991 to go after the appellant to secure a conviction at all costs, despite his earlier decision that there was no case for the appellant to answer, and was quite willing to harness the tainted assistance of Tardif to this end. This was not only based on tunnel vision, but also tainted tunnel vision. In either case, there was a flagrant disregard for the rights of the appellant, fuelled by motives that were entirely improper. The facts of this case

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.

Pour récapituler sur la question du motif, le substitut du procureur général était d'avis, en 1986, qu'il n'y avait aucun motif raisonnable et probable de porter l'accusation de meurtre. Le témoignage problématique de Paquet et l'élément de preuve « réexaminé » que constituait l'enregistrement clandestin par la police ne remédiaient pas, suivant une analyse raisonnable, aux lacunes évidentes de la preuve. Quel était donc le motif du substitut? S'il s'agit d'un simple manque de jugement, l'appelant n'a aucune cause d'action. Mais il y a plus. Même s'il était au courant de l'intérêt privé qu'avaient CHRC et Tardif à se défendre contre l'action en libelle diffamatoire, le substitut ne s'est pas tenu à distance et il a invité Tardif, le défendeur dans l'action civile, à se joindre de nouveau à l'équipe chargée de la poursuite criminelle. Tardif a participé à l'interrogatoire du témoin clé, Paquet, et ce, malgré le fait que le substitut était au courant des efforts antérieurs de Tardif en vue d'obtenir de Paquet une identification que celui-ci ne pouvait pas sincèrement fournir. Le substitut était peut-être convaincu de la culpabilité de l'appelant, mais il aurait dû savoir qu'il n'avait pas suffisamment d'éléments de preuve crédibles pour la prouver. Cela mène à l'une des deux conclusions suivantes, selon la prépondérance des probabilités : soit que le substitut a permis que ses pouvoirs soient utilisés aux fins de la défense contre une action civile en libelle diffamatoire, ce qui constitue un détournement de pouvoirs et un usage illégitime du pouvoir de poursuivre et, de ce fait, de la malveillance en droit; soit qu'il a décidé en 1991 d'essayer d'obtenir une déclaration de culpabilité de l'appelant à tout prix — malgré sa conclusion antérieure que l'appelant n'avait pas

are thus highly exceptional. *Nelles*, *supra*, established a generous boundary within which prosecutors acting in good faith have immunity despite bad decisions. The mixed motives of the prosecutor in this case carried him across that boundary. Unless *Nelles* is to be read as staking out a remedy that is available only in theory and not in practice, the appellant was entitled to hold the prosecutor accountable in the civil action brought following the abusive prosecution.

45

Considering the prosecutor's actions in their entirety, we would therefore conclude that they amount to "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'". His conduct constituted an abuse of prosecutorial power, and an attempt to mislead the court for the purposes of securing a conviction. In our view, this amounts to malice or, as Lamer J. stated in *Nelles*, a perpetuation of "a fraud on the process of criminal justice" (p. 194). As such, we agree with the following passage articulated by LeBel J.A. in his dissenting opinion in this case (at p. 431):

[TRANSLATION] The prosecutor committed one illegal act after another, contrary to the principles of criminal law and the rules of procedure of the judicial system. Although he should have known the probable consequences of his acts, he abused his powers as an officer of the court and pursued an unlawful goal. That unlawful goal and thus bad faith may be inferred from the record as a whole. It would appear from both the circumstances prior to the laying of the complaint and from the conduct of the case that the objective was to obtain a conviction despite the rules of law, based on a deep-seated belief as to the accused's guilt that was not justified by an objective review of the case.

de preuve à réfuter — et qu'il était réellement disposé à utiliser l'aide irrégulière de Tardif à cette fin. Non seulement il a fait preuve d'une vision étroite, mais cette vision étroite était viciée. Dans les deux cas, il y a eu mépris flagrant des droits de l'appelant, alimenté par des motifs totalement irréguliers. Les faits de la présente affaire sont donc très exceptionnels. L'arrêt *Nelles*, précité, a établi un cadre large à l'intérieur duquel les poursuivants agissant de bonne foi jouissent d'une immunité malgré de mauvaises décisions. En raison de ses motifs ambigus en l'espèce, le substitut du procureur général est sorti de ce cadre. À moins que l'arrêt *Nelles* doive être interprété comme établissant une réparation qui ne peut être obtenue qu'en théorie, et non en pratique, l'appelant avait le droit d'exiger que le substitut rende compte de ses actes dans l'action civile intentée à la suite de la poursuite abusive.

À la lumière de l'ensemble des actes du substitut du procureur général, nous sommes donc d'avis qu'ils équivalent à « 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" ». La conduite du substitut constituait un abus du pouvoir de la poursuite et une tentative de tromper le tribunal en vue d'obtenir une déclaration de culpabilité. Selon nous, une telle conduite équivaut à de la malveillance ou, pour reprendre les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Nelles*, à la perpétration d'« une fraude dans le processus de justice criminelle » (p. 194). Nous sommes donc d'accord avec le passage suivant des motifs dissidents formulés par le juge LeBel en l'espèce (à la p. 431) :

Cumulant les actes illégaux, contraires aux principes du droit criminel et aux règles de procédure du système judiciaire, devant connaître les conséquences probables de ses actes, le substitut a détourné les pouvoirs qu'il détenait en sa qualité de représentant de la justice et a poursuivi un but illégitime. Ce but illégitime et, par tant, la mauvaise foi s'infèrent d'un constat que l'on peut dégager de l'ensemble du dossier. Aussi bien des circonstances précédant le dépôt de la plainte que de la conduite de la cause, il apparaît que l'objectif recherché a été d'obtenir une condamnation au mépris des règles de droit, sur la base d'une intime conviction de la culpabilité, que ne pouvait fonder un examen objectif de l'affaire.

III. Disposition

For the foregoing reasons, we would allow the appeal, set aside the judgment of the majority of the Quebec Court of Appeal, and restore the order of Rioux J. on the responsibility of the Crown, and the damages award ordered by Letarte J. The appellant is entitled to his costs in this Court and in the courts below.

English version of the reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

The appellant brought an action for damages against the respondent, the Attorney General of Quebec, following his acquittal by the Quebec Court of Appeal on a charge of first degree murder. This appeal invites us to determine what is the regime of immunity and of extra-contractual civil liability applicable in Quebec law to the Attorney General of Quebec and Crown attorneys in respect of malicious prosecutions. More specifically, we must decide whether *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, applies in the Quebec civil law context, and if so, to what extent.

As regards the duality of the legal sources of Quebec law, L.-P. Pigeon (later judge of the Supreme Court of Canada) observed that “[n]ot enough is made of the fact that Québec is not purely and simply a civil-law province; it is a civil-law province in private law but not in public law” (*Drafting and Interpreting Legislation* (1988), at p. 65). The issue in this case concerns the public law/private law debate.

II. Facts

In order to determine the extent of the respondent's liability, should the respondent be found liable, it will be necessary to examine in detail the facts out of which the criminal charge against the appellant arose, as well as the evidence introduced by the prosecution at trial. To avoid repetition, I will

III. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt des juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec, de rétablir l'ordonnance du juge Rioux sur la responsabilité de la Couronne et les dommages-intérêts accordés par le juge Letarte. L'appelant a droit aux dépens devant notre Cour et devant les cours d'instance inférieure.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) —

I. Introduction

L'appelant poursuit le procureur général du Québec, intimé, en dommages et intérêts à la suite de son acquittement par la Cour d'appel du Québec d'une accusation de meurtre au premier degré. Ce pourvoi nous invite à déterminer le régime d'immunité et, en conséquence, de responsabilité civile extra-contractuelle qui s'applique en droit québécois au procureur général du Québec et à ses substitués à l'égard de poursuites criminelles abusives. En particulier, nous avons à décider si l'arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, s'applique au Québec et, dans l'affirmative, dans quelle mesure.

Discutant de la dualité des sources juridiques propres au droit québécois, L.-P. Pigeon (par la suite juge à la Cour suprême du Canada) souligne qu'« [o]n est porté à ne pas prêter suffisamment attention au fait que la province de Québec n'est pas une province de droit civil purement et simplement; elle est un pays de droit civil en droit privé mais pas en droit public » (*Rédaction et interprétation des lois* (1965), p. 40). Le présent litige porte sur ce débat des sources.

II. Les faits

Un examen détaillé des faits à l'origine de l'accusation criminelle portée contre l'appelant ainsi que des éléments de preuve apportés au procès par la poursuite s'avéreront nécessaire dans la détermination de la responsabilité de l'intimé dans la mesure où elle sera ou non retenue. Dans les circonstances,

46

47

48

49

set out here only the facts essential for the proper understanding of what follows.

A. *The Criminal Charge*

50 On October 25, 1982, France Alain, a mechanical engineering student at Laval University in Québec, was seriously wounded in the right hip by gunshot. Taken to hospital, she died a few minutes later.

51 On March 20, 1991, after a long and painstaking investigation, the Quebec Crown attorney authorized the laying of a charge of first degree murder against the appellant. On November 10, 1991, after a trial by judge and jury, the appellant was convicted as charged, and sentenced to life in prison without eligibility of parole for 25 years.

52 The appellant appealed his conviction, and on August 20, 1992, the Quebec Court of Appeal, in a unanimous decision rendered *per curiam*, set aside the guilty verdict and entered a verdict of acquittal: *R. v. Proulx*, [1992] R.J.Q. 2047, 76 C.C.C. (3d) 316. In its decision, the Court of Appeal pointed out errors committed by the trial judge and concluded that [TRANSLATION] “in the present case, a properly instructed jury ‘could not reasonably have decided that the accused was guilty beyond a reasonable doubt’” (p. 383 C.C.C.).

B. *The Civil Action*

53 Following his acquittal, the appellant sued the Attorney General of Quebec, essentially claiming serious errors which had vitiated the trial as pointed out by the Court of Appeal. Essentially, the appellant claimed that such a serious charge was laid without reasonable and probable grounds, and with malice.

54 By a first judgment dated August 7, 1997, the Quebec Superior Court found the respondent liable. In a subsequent judgment, the quantum of damages was established at \$1,154,747.86; a judgment was entered against the Attorney General for that amount.

afin d’éviter des répétitions, je ne ferai ici qu’un bref rappel des faits essentiels uniquement dans le but de faciliter la compréhension de ce qui suit.

A. *L'accusation criminelle*

Le 25 octobre 1982, France Alain, étudiante en génie mécanique à l’Université Laval de Québec, est grièvement blessée à la hanche droite par une décharge d’arme à feu. Transportée à l’hôpital, elle décède quelques minutes plus tard.

Après une enquête longue et laborieuse, le substitut du procureur général du Québec autorise, le 20 mars 1991, le dépôt d’une accusation de meurtre au premier degré contre l’appelant. Le 10 novembre 1991, après un procès devant juge et jury, l’appelant est trouvé coupable de l’accusation telle que portée et est condamné à la prison à perpétuité, sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans.

L’appelant interjette appel de sa condamnation et, le 20 août 1992, la Cour d’appel du Québec, dans un arrêt unanime rendu *per curiam*, casse le verdict de culpabilité et inscrit un verdict d’acquittal : *Proulx c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 2047. Ce faisant, la Cour d’appel met en relief les erreurs commises par le juge du procès et conclut qu’« en l’espèce un jury convenablement instruit “n’aurait pu raisonnablement déclarer l’accusé coupable hors de tout doute raisonnable” » (p. 2088).

B. *La poursuite civile*

À la suite de son acquittal, l’appelant intente une action en dommages et intérêts contre le procureur général du Québec alléguant, pour la plupart, les erreurs importantes dont, selon la Cour d’appel, le procès est entaché. Entre autres, l’appelant fait reproche à l’intimé d’avoir logé une accusation aussi grave sans avoir de motifs raisonnables et probables à cette fin et de l’avoir fait malicieusement.

Le 7 août 1997, la Cour supérieure du Québec, dans un premier jugement, retient la responsabilité du procureur général du Québec et, dans un second, détermine le quantum des dommages et intérêts à 1 154 747,86 \$, auquel elle condamne le procureur général.

On appeal, on February 11, 1999, that judgment was set aside by a majority of the Court of Appeal and it is that decision that is now being appealed before us.

III. Judicial History

To avoid repetition, I will refer here only to the judgments in the civil action. The verdicts in the criminal case are closely related to the facts that will have to be examined in detail when dealing with the extra-contractual civil liability of the Attorney General.

A. *Superior Court*, [1997] R.J.Q. 2509 (*Extra-contractual Civil Liability*)

With only passing reference to the Quebec regime governing the extra-contractual civil liability of the Attorney General for malicious prosecutions, Rioux J. relied almost entirely on the reproaches directed by the Court of Appeal to the trial judge when quashing the verdict of first degree murder. He concluded that [TRANSLATION] “the Crown charged the plaintiff based on suspicion, supposition and conjecture, and did so after relying on unlawful interrogations in which laid real traps. The Attorney General must, therefore, be held liable for the acts of his agents who approved and agreed to the police investigation conducted in this case, who went so far as to take part in it, and who decided to go ahead despite the flimsy nature of the evidence they had before them” (p. 2515).

B. *Superior Court*, [1997] R.J.Q. 2516 (*Quantum*)

Since the parties had agreed to sever the process on account of the illness of the trial judge, Letarte J. took over the case and assessed the quantum of damages at \$1,154,747.86, as follows (at p. 2525):

Expenses:	\$115,440.00
Loss of earnings capacity:	\$814,347.86
Moral damages:	\$250,000.00

Porté en appel, ce jugement est infirmé par la Cour d’appel à la majorité, le 11 février 1999, d’où le présent pourvoi.

III. Les jugements antérieurs

Afin d’éviter des répétitions, je ne ferai état ici que des jugements rendus en ce qui concerne la poursuite civile; les verdicts rendus en matière criminelle sont toutefois intimement liés aux faits dont l’examen détaillé sera nécessaire lorsqu’il s’agira de déterminer la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général.

A. *Cour supérieure*, [1997] R.J.Q. 2509 (*responsabilité civile extra-contractuelle*)

Sans s’attarder au régime québécois de responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général pour poursuites criminelles abusives, et se basant presque uniquement sur les reproches adressés au juge du procès par la Cour d’appel cassant le verdict de culpabilité de meurtre au premier degré, le juge Rioux conclut que « la Couronne a porté contre le demandeur Proulx une accusation basée sur des soupçons, des hypothèses et des conjectures, et qu’elle l’a fait après s’être fondée sur des interrogatoires illégaux qui cachaient de véritables pièges. Le procureur général doit donc être tenu responsable des actes de ses préposés, qui ont endossé et accepté l’enquête policière qui a été menée dans ce dossier, qui y ont même participé et qui ont décidé d’aller de l’avant malgré la fragilité des éléments de preuve qu’ils avaient devant eux » (p. 2515).

B. *Cour supérieure*, [1997] R.J.Q. 2516 (*quantum*)

Les parties ayant consenti à scinder le processus à la suite de la maladie du juge de première instance, le juge Letarte, reprenant le dossier, fixe le quantum des dommages à 1 154 747,86 \$, répartis comme suit (à la p. 2525) :

Déboursés	115 440,00 \$
Perte de capacité de gain	814 347,86 \$
Dommages moraux	250 000,00 \$

55

56

57

58

59 Due to an error in addition, the total should read \$1,179,787.86.

60 Letarte J., therefore, ordered the Attorney General of Quebec to pay that amount, plus interest and the additional indemnity provided by the Quebec *Civil Code*.

C. *Court of Appeal*, [1999] R.J.Q. 398

61 Each of the three judges of the Court of Appeal wrote separate reasons. While LeBel J.A. dissented as to the extra-contractual liability of the Attorney General of Quebec for malicious prosecution, he wrote the main opinion concerning the regime applicable in this area in Quebec law. Although with significant differences, his two colleagues agreed generally with him on this point, their disagreement related primarily to the application of the *Nelles* decision, *supra*, to the facts of the case.

(1) The Quebec Law Regime Governing the Extra-contractual Civil Liability of the Attorney General of Quebec for Malicious Prosecution

(a) *LeBel J.A.*

62 LeBel J.A. conducted an exhaustive analysis of the applicable law. He first examined the role of the Attorney General of Quebec in the Canadian criminal justice system and, more specifically, under the provisions of *An Act respecting Attorney General's prosecutors*, R.S.Q., c. S-35. He concluded that, despite the diversity and complexity of the duties assigned to them, prosecutors perform judicial or quasi-judicial functions (at p. 412):

[TRANSLATION] The multiple and complex functions of prosecutors, who examine, authorize, conduct or, where appropriate, withdraw charges, is not easily characterized in a comprehensive and definitive manner. The fact that those duties are closely connected and are of a discretionary nature has generally led the courts to characterize the function of prosecutors as judicial or quasi-judicial.

He went on to do an equally detailed analysis of the duties of prosecutors in relation to the laying of a criminal charge, and concluded that only

Je note une erreur de calcul dans l'addition de ces trois montants; le total devrait plutôt se lire 1 179 787,86 \$.

Le juge Letarte condamne, en conséquence, le procureur général du Québec à payer ce montant plus les intérêts et l'indemnité additionnelle.

C. *Cour d'appel*, [1999] R.J.Q. 398

Les trois juges de la Cour d'appel émettent chacun une opinion distincte. Bien qu'il soit dissident en ce qui a trait à la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec pour poursuites criminelles abusives, le juge LeBel écrit l'opinion principale concernant le régime de droit applicable au Québec en la matière. Ses deux collègues, malgré des nuances importantes, se disent généralement d'accord avec lui sur ce point, leur désaccord portant principalement sur l'application de l'arrêt *Nelles*, précité, aux faits de l'espèce.

(1) Le régime québécois de responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec à l'égard de poursuites criminelles abusives

(a) *Le juge LeBel*

Le juge LeBel fait une analyse exhaustive du droit applicable. Abordant dès le départ le rôle du procureur général du Québec dans la justice pénale canadienne ainsi qu'aux termes de la *Loi sur les substituts du procureur général*, L.R.Q., ch. S-35, il conclut que, malgré la diversité et la complexité des tâches qui leur sont confiées, les substituts remplissent des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires (à la p. 412) :

Les fonctions multiples et complexes des substituts, qui examinent, autorisent, conduisent ou, le cas échéant, mettent fin aux plaintes, se prêtent mal à une qualification globale et définitive. Leur association étroite et leur caractère discrétionnaire ont généralement conduit la jurisprudence à qualifier la fonction des substituts de judiciaire ou quasi judiciaire.

Il poursuit une analyse aussi détaillée des devoirs du substitut en relation avec le dépôt d'une poursuite judiciaire et en arrive à la conclusion que ce n'est

[TRANSACTION] “where there are sufficient grounds, which are characterized as reasonable and probable both by judicial practice and by the directives governing the conduct of Crown attorneys”, must the decision to authorize prosecutions be made, based on “factors that are objectively verifiable and the probable state of the law” (p. 415).

LeBel J.A., as he then was, then turned to the rules of extra-contractual civil liability in Quebec law, and based his analysis on *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, concluding that the function of the prosecutor was determined primarily by public law and the legal rules that apply to [TRANSLATION] “political authority” (p. 410). He made a distinction between purely administrative decisions and policy or “political” decisions, the latter being protected by relative immunity from civil liability actions, while the former are subject to the ordinary rules of civil liability in Quebec. LeBel J.A. observed that public law has moved away from the rule of absolute immunity, recognizing that suits may be brought against the state, its immunity being only relative.

At this point, LeBel J.A. considered *Nelles, supra*, a common law decision which, in his opinion, applied in Quebec public law, namely the relative immunity it confers on the state for the actions of its subordinates. On the other hand, because that common law decision, in his view, was based on the tort of malicious prosecution, a common law tort which he characterized as private law foreign to the Quebec law of extra-contractual civil liability, he applied the Quebec civil law as it relates to the concept of fault.

After comparing the concepts of gross negligence or deliberate fault to the types of faults for which, according to *Nelles*, the state may be found liable for, he concluded (at p. 425):

[TRANSLATION] While the definitions generally assigned to the expressions “malice”, “bad faith” and “gross negligence” are used in different contexts, they appear to be substantially the same as the expressions used in civil

que « lorsque existent des motifs suffisants, qualifiés de raisonnables et probables tant par la pratique judiciaire que par les directives gouvernant la conduite des procureurs de la Couronne » que la décision d'autoriser des poursuites criminelles doit être prise en se reposant sur « des facteurs objectivement vérifiables et sur l'état probable du droit » (p. 415).

S'attaquant ensuite au régime de responsabilité civile extra-contractuelle en droit québécois, le juge LeBel se réfère à l'arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, et conclut que la fonction du substitut relève principalement du droit public et du régime juridique applicable à la « puissance publique » (p. 410). Il distingue les actes de pure gestion et les décisions politiques ou de « puissance publique », ces dernières étant protégées par une immunité relative contre les poursuites en responsabilité civile alors que les premières demeurent sujettes aux règles ordinaires de responsabilité civile au Québec. Le juge LeBel note que le droit public s'est écarté de la règle de l'immunité absolue, reconnaissant que l'État puisse être l'objet de poursuites judiciaires, son immunité n'étant que relative.

À ce stade, le juge LeBel discute de l'arrêt *Nelles*, précité, arrêt de common law, qui, à son avis, s'applique en droit public au Québec, comme l'immunité relative qu'il confère à l'État pour les actes de ses subordonnés. En revanche, comme, selon lui, cet arrêt de common law est basé sur le délit civil de poursuites criminelles abusives (*tort of malicious prosecution*), un délit civil de common law qu'il qualifie de droit privé, étranger au droit québécois de la responsabilité civile extra-contractuelle, il s'en rapporte au droit civil québécois quant à la notion de faute.

Après s'être adonné à un exercice comparatif des notions de faute lourde ou de faute intentionnelle par comparaison aux types de fautes qui, suivant l'arrêt *Nelles*, permettent de retenir la responsabilité de l'État, il conclut (à la p. 425) :

Bien qu'utilisées dans des contextes différents, les définitions généralement données aux termes *malice*, *bad faith* et *gross negligence* s'avèrent sensiblement semblables à celles que l'on utilise en droit civil. Un point commun

63

64

65

law. One common point appears to emerge. In Quebec, as in the common law provinces, it has been held that there is a distinction between the reckless and careless conduct associated with gross fault (gross negligence) and malicious or malevolent conduct or conduct in which a blameworthy state of mind was apparent.

Accordingly, in his view, the absence of reasonable and probable cause when laying a charge amounts to gross negligence in civil law, and, when combined with malice, it entails the extra-contractual civil liability of Crown attorneys. In his opinion, the Quebec civil law then corresponds to the common law test of *Nelles* (at p. 425):

[TRANSLATION] . . . this solution recognizes a sphere of civil liability, by denying immunity in situations where malice in the exercise of prosecutorial functions or deliberate perversion of the objectives of those functions can be established.

(b) *Beauregard J.A.*

66 Beauregard J.A., although stating that he generally agreed with LeBel J.A. with respect to the regime of extra-contractual civil liability applicable in Quebec civil law in relation to malicious prosecution, clearly dissociated himself from the conclusion reached by LeBel J.A. on the question of the extent to which *Nelles* applies in Quebec. He adopted the integral test laid down in *Nelles* on the question of immunity, and thus on the liability of the Attorney General in the case. Unlike LeBel J.A., he did not resort to the concepts of fault in Quebec civil law. According to Beauregard J.A. (at p. 434):

[TRANSLATION] . . . in order for an action in damages upon an acquittal to succeed, the plaintiff must prove not only that he was prosecuted when there were no reasonable and probable grounds for doing so, but also that in authorizing the charge the prosecutor exhibited malice, a concept that Lamer J. defined as follows:

. . . a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice.

67 He criticized the trial judge for [TRANSLATION] “failing to properly apply *Nelles* and asking whether the prosecutor exhibited malice in the sense of *Nelles*” (p. 434).

paraît se dégager. Au Québec, comme dans les provinces de common law, s’est confirmée une distinction entre la conduite téméraire et insouciante associée à une faute qualifiée (*gross negligence*), et la conduite malicieuse ou malveillante ou dans laquelle se révèle un état d’esprit répréhensible.

Il en déduit que l’absence de cause raisonnable et probable lors du dépôt d’une accusation criminelle équivaut à l’erreur grossière de droit civil et, jointe à l’intention malveillante, celle-ci entraîne la responsabilité civile extra-contractuelle du substitut. Ceci, à son avis, correspond en droit civil québécois au test de l’arrêt *Nelles* de common law (à la p. 425) :

. . . cette solution reconnaît une sphère de responsabilité civile en refusant l’immunité dans des situations où peuvent être établis la malveillance dans l’exercice des fonctions des substituts ou le détournement délibéré de leurs objectifs.

(b) *Le juge Beauregard*

Se disant généralement d’accord avec le juge LeBel en ce qui concerne le régime de responsabilité civile extra-contractuelle applicable au Québec en matière de poursuites criminelles abusives, le juge Beauregard s’en dissocie nettement, toutefois, quant à la mesure dans laquelle l’arrêt *Nelles* s’applique au Québec. Il retient dans leur entier les critères posés par l’arrêt *Nelles* relativement à l’immunité et, conséquemment, la responsabilité du procureur général en la matière. Contrairement à son collègue LeBel, il ne s’en rapporte pas aux notions de faute en droit québécois. Selon le juge Beauregard (à la p. 434) :

. . . pour qu’une action en dommages par suite d’un acquittement puisse réussir, le demandeur doit prouver non seulement qu’il a été poursuivi en l’absence de motifs raisonnables et probables, mais qu’en autorisant la dénonciation le substitut a fait montre de malveillance, notion que dans cet arrêt le juge Lamer a définie comme suit :

. . . 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.

Il reproche au juge de première instance de n’avoir « pas fait une application correcte de l’arrêt *Nelles* [ni de s’être] posé la question [à] savoir si le substitut [a] fait montre de malveillance au sens de l’arrêt *Nelles* » (p. 434).

(c) *Brossard J.A.*

Brossard J.A. endorsed LeBel J.A.'s analysis and, like him, adopted the concept of fault as understood in civil law, while agreeing with his two colleagues that the *Nelles* test applies in Quebec. He held that the prosecutor was faulty and negligent in the performance of his professional duties. However, he concluded that the degree of fault alleged against the Crown attorney did not reach the threshold needed in order for the Attorney General to be liable in extra-contractual civil liability: [TRANSLATION] "I do not agree with him [LeBel J.A.] regarding the application of the legal principles he stated to the facts of this case. On this conclusively important aspect of the case, I share the opinion of my colleague Beauregard J.A." (p. 435). Later in his reasons, he added (at p. 436):

[TRANSLATION] First, although the Crown has an obligation in criminal cases to prove the accused's guilt beyond a reasonable doubt, the burden in the civil trial is on the respondent to establish, by a preponderance of evidence, that the prosecutor committed a fault or faults that may be characterized as gross and malicious, or as being the result of reckless conduct. In other words, the respondent had to establish either malice on the prosecutor's part or conduct that deliberately disregarded the ultimate consequences of a criminal charge that he knew or ought to have known could not stand up to an objective analysis of the evidence.

(2) Application of the Law to the Facts of the Case

After a detailed analysis of the evidence and of the Court of Appeal's decision acquitting the appellant, LeBel J.A. wrote that [TRANSLATION] "faults were committed by the prosecutor. The nature of those faults was such that he could not invoke the relative immunity recognized at common law" (p. 433). He concluded that the Attorney General's appeal had to be dismissed.

His two colleagues, Beauregard and Brossard J.A., allowed the appeal essentially on the ground that the facts, which were uncontested, as Beauregard J.A. mentioned, [TRANSLATION] "cannot provide sufficient basis for Proulx's action in damages" (p. 435).

(c) *Le juge Brossard*

Endossant d'emblée l'analyse du juge LeBel, le juge Brossard s'en tient, comme le juge LeBel, à la faute qui relève du droit civil tout en étant d'avis, comme ses deux autres collègues, que l'arrêt *Nelles* s'applique au Québec. Il qualifie le comportement du substitut de fautif et conclut qu'il y a eu négligence dans l'exécution de son mandat professionnel. Il en arrive, toutefois, à la conclusion que le degré de faute reproché au substitut n'atteint pas le seuil susceptible d'entraîner la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général : « je ne suis pas d'accord avec [le juge LeBel] quant à l'application des principes juridiques qu'il dégage aux faits de l'espèce. Je partage, sur cet aspect déterminant du litige, l'opinion de mon collègue le juge Beauregard » (p. 435). Et plus loin, il ajoute (à la p. 436) :

En premier lieu, alors que la Couronne avait, en matière pénale, l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé, le fardeau repose sur l'intimé, dans le procès civil, d'établir par preuve prépondérante une ou des fautes du substitut susceptibles d'être qualifiées de grossières et malveillantes, ou d'être le résultat d'un comportement téméraire (« reckless »). En d'autres mots, l'intimé devait établir soit une intention malveillante de la part du substitut, soit un comportement faisant délibérément fi des conséquences éventuelles d'une accusation qu'il savait ou devait savoir ne pas pouvoir résister à l'analyse objective de la preuve.

(2) L'application du droit aux faits de l'espèce

Le juge LeBel, après une analyse minutieuse de la preuve et de l'arrêt de la Cour d'appel prononçant l'acquiescement de l'appelant, écrit que « [d]es fautes ont été commises par le substitut. En raison de leur nature, ces fautes ne lui permettent pas [...] d'invoquer l'immunité relative que reconnaît la common law » (p. 433). Il conclut au rejet de l'appel du procureur général.

Ses deux collègues, les juges Beauregard et Brossard, accueillent le pourvoi essentiellement au motif que les faits, non contestés d'ailleurs, comme le mentionne le juge Beauregard, « ne sauraient servir de fondement ou de fondement suffisant à l'action en dommages-intérêts de Proulx » (p. 435).

68

69

70

IV. The Issue

71 The central issue in this case, as I noted at the outset, concerns the determination of which legal regime is applicable in Quebec as regards the extra-contractual civil liability of the Attorney General of Quebec and Crown attorneys for malicious prosecutions.

72 In order to dispose of the aforementioned issue, it is necessary to briefly review the sources of public law in Quebec and the role of the Attorney General and Crown attorneys in Canada and in Quebec in relation to criminal prosecutions, and make a more thorough examination of the immunity they enjoy under Quebec law in relation to malicious prosecutions. The application of the *Nelles* decision, *supra*, to Quebec is central to this exercise.

V. Analysis

A. *Legal Sources of Public Law in Quebec*

73 No one disputes in this case that public law in Quebec derives from English law, as it has been amended over the years by statutes and case law. Both doctrine and jurisprudence have dealt with the subject at length. For a non-exhaustive study of the question, see, as to the doctrine: F. P. Walton, "The Legal System of Quebec" (1913), 33 *Can. L.T.* 280, at p. 281 ("where a question is one which belongs to the public law it is the law of England which must supply the governing principle; and upon such matters the law of Quebec does not differ from that . . . of any other province of Canada"); P. Garant, *Droit administratif* (4th ed. 1996), vol. 1, p. 10 ([TRANSLATION] "the basis of our public law, in both Canada and Quebec, is the common law, which was imported from England at the time of the Conquest, as it has been amended by local statute and case law"). As for jurisprudence, see: *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618, at p. 644 ("The source of this law is the common law, the principles of which are not set aside by statutes which do not mention it"); *Senez v. Montreal Real Estate Board*, [1980] 2 S.C.R. 555, at p. 562 ("It need hardly be mentioned that in Quebec administrative law is of English origin"); *Attorney General of Quebec v. Labrecque*,

IV. La question en litige

La question au cœur de ce litige, comme je l'ai indiqué dès le départ, porte sur la détermination du régime juridique applicable au Québec eu égard à la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec et de ses substituts en raison de poursuites criminelles abusives.

La solution de ce litige nous amène à faire une brève analyse des sources du droit public au Québec, du rôle du procureur général et de ses substituts au Canada et au Québec eu égard aux poursuites criminelles et à un examen plus approfondi de l'immunité dont ils jouissent en droit québécois à l'égard de poursuites criminelles abusives. L'application au Québec de l'arrêt *Nelles*, précité, est au cœur de cet exercice.

V. Analyse

A. *Sources juridiques du droit public au Québec*

Personne ne conteste ici que le droit public au Québec relève du droit anglais tel que modifié au fil des ans par le droit d'origine législative et la jurisprudence. Tant la doctrine que la jurisprudence traitent abondamment du sujet. Pour une étude non exhaustive de la question, voir quant à la doctrine : F. P. Walton, « The Legal System of Quebec » (1913), 33 *Can. L.T.* 280, p. 281 ([TRANSLATION] « Lorsqu'une question relève du droit public, c'est dans le droit anglais qu'il faut puiser le principe applicable et, en ce qui concerne ces questions, le droit du Québec ne diffère pas de celui . . . d'une autre province du Canada »); P. Garant, *Droit administratif* (4^e éd. 1996), vol. 1, p. 10 (« le fond de notre droit public, au Canada comme au Québec, est la common law, importée d'Angleterre au moment de la conquête, telle que modifiée par les lois et la jurisprudence locales »). Quant à la jurisprudence, voir : *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, p. 644 (« La source de ce droit est la *common law* dont les principes ne sont pas écartés par des lois qui n'en parlent pas »); *Senez c. Chambre d'Immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555, p. 562 (« Au Québec, est-il besoin de le rappeler, le droit administratif est d'origine anglaise »);

[1980] 2 S.C.R. 1057, at p. 1081; 2747-3174 *Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 81, *per* L'Heureux-Dubé J. ("the common law generally applies in Quebec public law, subject to specific legislative amendments").

The following passage from Pigeon, *supra*, at p. 65, is particularly relevant to this case:

[In *Langelier v. Giroux* (1932), 52 B.R. 113] [l]ibel proceedings had been instituted against a witness at a preliminary hearing. . . . The question at bar was whether the witness's immunity was absolute or relative. . . . The Court of Appeal decided that the matter . . . was one not of civil law but of public law. It is true that libel is governed by civil law, under which it is an offence. It was decided, however, that the privileges arising from public law are public law, and the witness's privilege is one of these. It was consequently decided that the witness's privilege was governed by common law: common law, it was specified, as it existed in 1774.

At p. 67, the author discusses *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140, as follows:

. . . it was decided that the rule of *audi alteram partem* . . . is a principle which, although not written down anywhere, must be applied. It is obviously a common-law rule, and it was considered a matter of public law, since it affected the court's jurisdiction. In other words, while labour legislation is in principle considered civil law, the constitution of a court with jurisdiction in labour matters is considered public law because — and here is where the Court of Appeal decision in *Langelier v. Giroux* . . . comes into play — the constitution of the courts, and the rules of immunity, are considered public law, not private law.

Accordingly, a brief review of sources of law in Quebec is in order, as this Court did in a different context, although that context is not applicable here: *Laurentide Motels*, *supra*, at pp. 737, 739-40 and 741:

The *Quebec Act* of 1774 sealed the fate of the two major legal systems that would govern the law applicable

Procureur général du Québec c. Labrecque, [1980] 2 R.C.S. 1057, p. 1081; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 81, le juge L'Heureux-Dubé (« la common law s'applique de façon générale, en droit public québécois, sous réserve des amendements législatifs particuliers »).

Le passage suivant de Pigeon, *op. cit.*, p. 40, est particulièrement pertinent au présent litige :

[Dans l'arrêt *Langelier c. Giroux* (1932), 52 B.R. 113, il s'agissait] d'une poursuite en diffamation intentée contre un témoin à une enquête préliminaire [. . .] Et la question qui se posait était de savoir si l'immunité du témoin est absolue ou relative [. . .] la Cour d'appel a décidé que cette question de l'immunité du témoin n'est pas une question de droit civil, mais une question de droit public. Il est vrai que la diffamation est régie par le droit civil. C'est un délit. Mais on a statué que les privilèges découlant du droit public sont du droit public et que le privilège du témoin est de ceux-là. Par conséquent, on a décidé que le privilège du témoin est régi par la Common Law et, a-t-on précisé, la Common Law comme elle existait en 1774.

Le même auteur à la p. 41 discute de l'arrêt *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140, en ces termes :

. . . on a décidé que la règle « *audi alteram partem* » . . . est un principe qui doit être appliqué bien qu'il ne soit écrit nulle part. C'est évidemment une règle de la Common Law et l'on a considéré que c'est une question de droit public car elle touche la juridiction du tribunal. En d'autres termes, bien que la législation du travail soit en principe considérée comme du droit civil, cependant on considère comme du droit public la constitution d'un tribunal ayant [compétence] en la matière, parce que, c'est là où cela se relie à la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Langelier c. Giroux*, la constitution des tribunaux, y compris les immunités, est considérée comme du droit public, et non comme du droit privé.

Il suffira donc de faire un bref rappel des sources du droit au Québec, ce que faisait d'ailleurs notre Cour dans un autre contexte qui n'a toutefois pas d'application ici : *Laurentide Motels*, précité, p. 737, 739-740 et 741 :

L'*Acte de Québec* de 1774, a scellé le sort des deux grands systèmes juridiques qui allaient régir le droit

74

75

in Quebec. French civil law as it stood before 1760 with its subsequent amendments in Quebec for everything relating to property and civil rights, and the common law as it stood in England at that time, and as subsequently amended, for what related to public law.

. . .

[T]he common law which applies in Canada in the area of public law, in criminal as in administrative law, in the absence of legislation excluding it, is the common law as subsequently amended by statute and case-law. . . .

In everything not related to property and civil rights, then, common law is the fundamental law in the Province of Québec. [Pigeon, *supra*, at p. 66.]

. . .

Public law has its origin in the common law, and common-law decisions must thus be examined to determine the state of public law in the area applicable in Canada.

The nature and scope of the rules of public law and case law governing the liability of municipalities are particularly important here, where the dividing line between public and private law is crucial. This task is made all the more difficult as, at least initially, the common law courts made no clear distinction between public and private law, which are both derived from the same source, the common law.

76 Further, the following comments of Beetz J. in that case are particularly relevant to this case (at p. 721):

The public law of Quebec is acknowledged to be composed of two elements: statute and the common law. . . .

The second component of the public law is the common law. Two clarifications must be made at this point. First, only that part of the common law which is of public character is applicable. Because the common law makes, in principle, no distinction between public and private law, the identification of the “public” common law can be a difficult task. Nonetheless, because Quebec is a jurisdiction of two juridical regimes, the civil law and the common law, the identification must be made.

applicable au Québec : le droit civil français tel qu’il existait avant 1760 avec ses modifications subséquentes au Québec pour tout ce qui touche à la propriété et aux droits civils (*property and civil rights*) et la *common law* telle qu’elle existait en Angleterre à la même époque avec ses modifications subséquentes en ce qui concerne le droit public.

. . .

[Il est] acquis que la *common law* qui s’applique au Canada en matière de droit public, en droit criminel comme en droit administratif, à moins de texte législatif l’excluant, est la *common law* telle qu’elle a été modifiée subséquemment par la législation et la jurisprudence . . .

C’est donc la Common Law qui se trouve le droit fondamental dans la province de Québec en tout ce qui n’est pas *property and civil rights*. [Pigeon, *op. cit.*, p. 41.]

. . .

Le droit public tire ses origines de la *common law* et, en conséquence, la jurisprudence de *common law* doit être examinée afin de déterminer l’état du droit public applicable au Canada en la matière.

La nature et l’étendue des règles du droit public et de la jurisprudence qui gouvernent la responsabilité des municipalités sont particulièrement importantes ici où la ligne de démarcation entre le droit public et le droit privé est cruciale. Cette recherche est rendue d’autant plus ardue du fait que la jurisprudence de *common law*, du moins à son origine, ne faisait pas de distinction claire entre le droit public et le droit privé, qui, tous deux, dérivent de la même source, la *common law*.

Les remarques suivantes du juge Beetz dans le même arrêt sont particulièrement pertinentes au présent litige (à la p. 721) :

On reconnaît que le droit public du Québec se compose de deux éléments : le droit écrit et la *common law* . . .

La seconde composante du droit public est la *common law*. Il y a lieu, à ce stade, de faire une double mise au point. Premièrement, seule la partie de la *common law* qui est de caractère « public » est applicable. Parce que la *common law* n’établit, en principe, aucune distinction entre le droit public et le droit privé, l’identification de la *common law* « publique » peut se révéler une tâche difficile. Néanmoins, parce que le Québec comporte deux régimes juridiques, le droit civil et la *common law*,

Second, it is the common law as it exists at present that is applicable in Quebec under art. 356 *C.C.L.C.*

(See also 2747-3174 *Québec Inc.*, *supra*, at paras. 81-84, *per* L'Heureux-Dubé J.)

Professor J.-D. Archambault (“Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public” (1992), 52 *R. du B.* 515), commenting on *Laurentide Motels*, *supra*, stated (at p. 537):

[TRANSLATION] The public law-private law dichotomy, which at first glance appears elementary, creates serious problems in terms of definition and application. The Quebec legal profession, however, like the profession elsewhere, does not have the option of ignoring or avoiding those problems. First, our history and our political institutions have bequeathed them both to us: the public common law, which comes from English roots, and the private civil law, which is continental and French by derivation. And neither of those root sources should infringe on its neighbour's domain, if it is not to risk jeopardizing the other's integrity.

I am thus in complete agreement with LeBel J.A. on this point when he states (at pp. 416-17):

[TRANSLATION] . . . Quebec public law still seems to recognize the existence of a number of immunities that derive from the common law. They are precluded only where the legislature has demonstrated a clear intention to do so

Apart from the legislation, we must then look to the principles of public law, which include the rules of the common law relating to immunity.

Given this brief overview of sources of public law applicable in Quebec, which are not disputed in this case, I now turn to the role of the Attorney General in Canadian and Quebec criminal law, similarly not in debate in this case.

B. *The Role of the Attorney General in the Criminal Law*

It is not disputed, either in Quebec or in this appeal, that the role of the Attorney General of Quebec and of the Crown attorneys is a matter of public law.

cette identification doit se faire. Deuxièmement, c'est la *common law* qui existe actuellement qui s'applique au Québec en vertu de l'art. 356 *C.c.B.-C.*

(Voir également 2747-3174 *Québec Inc.*, précité, par. 81-84, le juge L'Heureux-Dubé.)

Le professeur J.-D. Archambault (« Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec : variations de droit public » (1992), 52 *R. du B.* 515), commentant l'arrêt *Laurentide Motels*, précité, précise (à la p. 537) :

La dichotomie droit public-droit privé, élémentaire à première vue, pose de sérieuses difficultés de définition et d'application. Mais les juristes québécois, comme tout juriste d'ailleurs, n'ont le choix ni d'ignorer ni de contourner ces difficultés. Il y a d'abord ce que notre histoire et nos institutions politiques nous ont légué l'une et l'autre : la *common law* publique, de souche anglaise, et le droit civil privé, de filiation continentale française. Et chacune de ces souches ne devrait pas empiéter sur le domaine de sa voisine, sinon au risque d'en menacer l'intégrité.

C'est pourquoi, je suis entièrement d'accord avec le juge LeBel lorsqu'il dit à ce sujet (aux p. 416-417) :

. . . le droit public québécois paraît toujours retenir l'existence d'un certain nombre d'immunités provenant de la *common law*. Celles-ci ne sont exclues que lorsque le législateur en manifeste clairement l'intention . . .

Au-delà des textes législatifs, il faut alors s'en rapporter aux principes de droit public, qui comprennent le régime des immunités de la *common law*.

Après ce bref aperçu des sources du droit public au Québec, qui ne sont aucunement contestées dans la présente affaire, je passe au rôle du procureur général en droit pénal canadien et québécois, qui ne soulève non plus aucune controverse.

B. *Le rôle du procureur général en droit pénal*

Que le rôle du procureur général du Québec et de ses substituts en ce qui a trait aux poursuites criminelles en soit un qui relève du droit public ne fait l'objet d'aucun débat ni au Québec ni dans le présent pourvoi.

77

78

79

80

81

LeBel J.A. did a remarkable and very thorough study on this point, and I adopt it without hesitation. I would like to quote some extracts, which seem, in my view, to put that role in its proper context for the purposes of this appeal (at pp. 411-12):

[TRANSLATION] The Attorney General is traditionally responsible for administering justice and for initiating or terminating criminal and penal prosecutions. He also acts as the representative of the Crown in the courts and in various criminal proceedings. Those functions give him the status of constitutional guardian of the social peace, who has a duty to ensure that crimes and violations of the law are punished (Canada. Law Reform Commission. *Criminal Procedure: Control of the Process*. Ottawa: The Commission, 1975. Pp. 12-14).

. . .

The function of screening or authorizing prosecutions arises at a particularly sensitive point in criminal law enforcement. That is the point at which it is decided whether a criminal proceeding will be initiated against an individual. It is the job of the prosecutor to examine charges and to authorize them where there are reasonable and probable grounds that an offence has been committed.

. . .

The Attorney General and the Attorney General's prosecutors are the guardians of the public interest, and assume a general responsibility for the efficient and proper functioning of the criminal justice system. Their role is not limited to that of private counsel who is responsible for an individual case (Canada. Law Reform Commission. *Controlling Criminal Prosecutions: the Attorney General and the Crown Prosecutor*. Ottawa: The Commission, 1990. Pp. 18-19).

(See: J. Sopinka, "Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: *Nelles v. Ontario: R. v. Jedyneck: R. v. Simpson*" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 366; D. Butt, "Malicious Prosecution: *Nelles v. Ontario*: REJOINDER — John Sopinka — [1994] 74 *Can. Bar Rev.* 366" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 335.)

82

I shall return later to this aspect of the analysis, which deals with the duties and obligations of the Attorney General and Crown attorneys in criminal prosecutions, more appropriately

Le juge LeBel a fait une étude remarquable très fouillée à cet égard, étude que j'adopte sans hésitation. Je me permettrai d'en relever certains extraits qui me semblent placer ce rôle dans son propre cadre pour les fins du présent pourvoi (aux p. 411-412) :

Le procureur général est traditionnellement chargé d'administrer la justice, d'engager les poursuites criminelles et pénales ou d'y mettre fin. Il agit aussi comme le représentant du souverain, devant les cours de justice et dans les différentes procédures pénales. Ces fonctions lui attribuent le statut de gardien constitutionnel de la paix sociale, qui doit s'assurer que soient sanctionnés les crimes et les violations des lois (Canada. Commission de réforme du droit. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*. Ottawa : la Commission, 1975. P. 12-14).

. . .

La fonction de filtrage ou d'autorisation des poursuites criminelles s'insère à un point particulièrement délicat de la mise en œuvre du droit pénal. C'est à ce moment que se décide si une instance pénale sera engagée contre un individu. Il appartient au substitut de scruter les plaintes et d'autoriser celles-ci, lorsqu'il existe des motifs raisonnables et probables qu'une infraction a été commise.

. . .

Gardiens de l'intérêt public, le procureur général et ses substituts assument une responsabilité générale à l'égard du fonctionnement efficace et correct du système de justice pénale. Leur rôle ne se limite pas à celui du plaideur privé, chargé d'un dossier particulier (Canada. Commission de réforme du droit. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*. Ottawa : la Commission, 1990. P. 20).

(Voir : 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; D. Butt, « Malicious Prosecution : *Nelles v. Ontario* : REJOINDER — John Sopinka — [1994] 74 *Can. Bar Rev.* 366 » (1996), 75 *R. du B. can.* 335.)

Je reviendrai plus loin sur cet aspect de l'analyse qui a trait aux devoirs et obligations du procureur général et de ses substituts lors de poursuites criminelles, qu'il me semble plus pertinent

examined when applying the law to the facts of the case.

This brings us to the crux of this case: the analysis of the extra-contractual civil liability of the Attorney General for malicious prosecutions in Quebec law.

C. The Extra-contractual Civil Liability of the Attorney General and Crown Attorneys in Relation to Malicious Prosecutions

The regime of liability which applies to the Crown is closely related to the rules governing relative or absolute immunity enjoyed by the Crown since time immemorial. It is clear that if the Crown enjoys absolute immunity from extra-contractual civil liability, both in private and public law, it cannot be successfully sued even for malicious prosecutions. On the other hand, if the Crown enjoys no immunity and is, in that respect, equal to any other respondent, as has been argued in the past, in both private and public law, there is nothing to prevent it from being sued for any type of extra-contractual civil liability. Is there a distinction to be made in that regard between civil liability as a matter of private law and as a matter of public law? If so, what of immunity? If there is immunity, does that immunity apply to both the Crown and the Attorney General and Crown attorneys? In the affirmative, is that immunity absolute or relative, and is there a distinction in that regard between the Crown and the Attorney General in the case of malicious prosecutions?

It is from this perspective that I propose, first, to identify the sources of Crown immunity and to briefly describe how that immunity has evolved over the centuries, in order to determine the extent to which *Nelles, supra*, modified the rules of immunity. I shall then consider the extent to which that decision applies in Quebec public law, and consequently its impact on the liability of the Attorney General of Quebec and Crown attorneys in relation to malicious prosecutions.

d'examiner au stade de l'application des faits de la présente affaire au droit.

Ceci nous amène à la phase, primordiale dans le présent cas, de l'analyse de la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général pour poursuites criminelles abusives en droit québécois.

C. La responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général et de ses substituts en ce qui a trait aux poursuites criminelles abusives

Le régime de responsabilité applicable à la Couronne est intimement lié à celui des immunités, relative ou absolue, dont jouit la Couronne depuis des temps immémoriaux. En effet, à l'évidence, si la Couronne jouit d'une immunité absolue pour responsabilité civile extra-contractuelle, de droit privé comme de droit public, elle ne peut être poursuivie avec succès même pour poursuites criminelles abusives. Par contre, si la Couronne ne jouit d'aucune immunité et est égale en cela à toute personne, comme on l'a déjà prétendu, en droit privé comme en droit public, rien n'empêche qu'elle soit poursuivie en responsabilité civile extra-contractuelle à tous égards. Y a-t-il une distinction à faire à cet égard, entre responsabilité civile de droit privé et responsabilité civile de droit public? Si oui, y a-t-il immunité? Dans l'affirmative, cette immunité s'applique-t-elle tant à la Couronne qu'au procureur général et à ses substituts? Si oui, cette immunité est-elle absolue ou relative et doit-on distinguer à cet égard entre la Couronne et le procureur général lorsqu'il s'agit de poursuites criminelles abusives?

C'est dans cette optique que je me propose d'abord d'identifier les sources de l'immunité de la Couronne et de décrire brièvement son évolution au cours des siècles afin de voir dans quelle mesure l'arrêt *Nelles*, précité, a modifié ce régime d'immunité. J'examinerai ensuite dans quelle mesure cet arrêt s'applique en droit public québécois et, par voie de conséquence, son incidence sur la responsabilité du procureur général du Québec et de ses substituts en ce qui a trait aux poursuites criminelles abusives.

83

84

85

(1) Crown Immunity

86

I propose to only briefly review the major phases of this almost millennium-long history since, here again, the historical aspect is not in dispute and given that there is a wealth of doctrine and jurisprudence on the subject. (See on this point P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000); P. Lordon, *Crown Law* (1991); *The King v. Cliche*, [1935] S.C.R. 561; *McArthur v. The King*, [1943] Ex. C.R. 77; *The King v. Anthony*, [1946] S.C.R. 569; *R. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1958] O.R. 55 (C.A.); *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225.)

87

In “Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public”, *supra*, at p. 517, Professor Archambault traces [TRANSLATION] “the English genesis of the prerogative” which, in relation to tort liability, was expressed in the maxim that at one time became virtually axiomatic, “The King can do no wrong”, to the point that [TRANSLATION] “as political and constitutional mores changed, the concept of prerogative grew to encompass a range of situations”.

88

According to H. Immarigeon, *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada* (1965), at p. 51, quoted by Professor Archambault in his article, *supra*, [TRANSLATION] “whenever a case that involves prerogative must be decided, we must look to the principles of English law, having regard, however, to the Canadian statutory provisions that may have affected them, whether by amending them or by eliminating them”.

89

Professor Archambault goes on to say (at pp. 519-20):

[TRANSLATION] The English law of prerogative was naturally incorporated in Canadian law at the time of the Conquest in 1760. Her Majesty’s rights and privileges could then be exercised in the Colony in the same

(1) Le régime d’immunité de la Couronne

Si je ne fais qu’un bref rappel des grandes étapes de ce long périple presque millénaire, c’est que, encore là, l’aspect historique n’est pas contesté et qu’il existe une abondante doctrine et jurisprudence sur le sujet. (Voir à cet égard P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000); P. Lordon, *La Couronne en droit canadien* (1992); *The King c. Cliche*, [1935] R.C.S. 561; *McArthur c. The King*, [1943] R.C. de l’É. 77; *The King c. Anthony*, [1946] R.C.S. 569; *R. c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1958] O.R. 55 (C.A.); *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225.)

Le professeur Archambault dans « Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec : variations de droit public », *loc. cit.*, p. 517, a retracé la « genèse anglaise de la prerogative » qui s’est traduite en matière de responsabilité délictuelle par cette maxime, devenue presque proverbiale à une certaine époque, *The King can do no wrong*, jusqu’à ce que, « au gré des mœurs politiques et constitutionnelles, la notion de prerogative aura embrassé diverses réalités ».

Selon H. Immarigeon, *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada* (1965), p. 51, que cite le professeur Archambault dans son article susmentionné, « chaque fois qu’il s’agit de régler un litige intéressant les prerogatives c’est aux principes de droit anglais qu’il faut se reporter; en tenant compte, toutefois, des dispositions législatives canadiennes qui peuvent les avoir affectées, soit en les modifiant, soit en les supprimant ».

Le professeur Archambault poursuit (aux p. 519-520) :

Le droit anglais de la prerogative s’implanta naturellement au Canada à la Conquête de 1760. Dès lors, les droits et privilèges de Sa Majesté s’exerçaient dans la Colonie de la même façon que dans la mère patrie, à

way as in the mother country, unless they were eliminated or modified by local legislation. A century later, the preamble to the *Constitution Act, 1867* expressed the desire of the participating provinces to be federally united “with a Constitution similar in principle to that of the United Kingdom”. The House of Lords later held that the prerogative applied for the benefit of the provinces as well as the central government. Quebec had expressly recognized this legal heritage in art. 9 *C.C.L.C.*: “No act of the legislature affects the rights or prerogatives of the Crown, unless they are included therein by special enactment.” Accordingly, absent legislation to the contrary, Quebec civil law as codified in 1866 did not run counter to the prerogative in public law. Thus in 1867 the Crown in Quebec enjoyed the prerogatives found in English public law, and more specifically immunity from prosecution and from proceedings in tort. The two prerogatives, which are separate but related, have been eroded, little by little, by the legislature and courts of Quebec together, and have finally become completely blunted. This metamorphosis of the law of the Crown in Quebec was accomplished on the foundation of British law.

Professor Archambault, *supra*, at p. 530, recalls the rocky road travelled by the prerogatives to our time, which includes the *Cliche* decision, *supra*, which, in his view, [TRANSLATION] “approved the legislative repeal of the extra-contractual immunity of the Crown in Quebec” and ultimately led to art. 94 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25.

Lamer J. referred specifically to art. 94 *C.C.P.* in *Nelles*, *supra*, while comparing the various schemes governing Crown immunity for malicious prosecutions to the situation in Ontario, where the Crown had, until then, enjoyed absolute or quasi-absolute immunity. He wrote, in *obiter* (at p. 181):

The situation in Quebec differs in that since 1966 the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, specifically provides for claims against the Crown in the following terms:

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

moins qu'ils n'aient été supprimés ou modifiés par la législation locale. Un siècle plus tard, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* traduit le désir des provinces participantes de contracter une union fédérale, « avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». La Chambre des Lords estima par la suite que la prerogative profitait autant aux provinces qu'à l'autorité centrale. Le Québec avait reconnu explicitement cet héritage juridique à l'art. 9 *C.c.B.-C.* : « Nul acte de la législature n'affecte les droits ou prerogatives de la Couronne, à moins qu'ils n'y soient compris par une disposition expresse ». Le droit privé québécois codifié en 1866, hormis législation contraire, ne portait donc pas atteinte au droit public de la prerogative. Ainsi, en 1867, la Couronne du Québec jouissait des prerogatives de droit public anglais, plus particulièrement de l'immunité de poursuite et de l'immunité délictuelle. Distinctes mais voisines, les deux prerogatives seront peu à peu grugées par le législateur et les tribunaux québécois conjointement, pour finalement s'estomper entièrement. Cette métamorphose du droit de la Couronne du Québec s'accomplira sur fond de droit britannique.

Et le professeur Archambault à la p. 530 de l'article susmentionné, de retracer les péripéties des prerogatives jusqu'à notre temps, dont l'arrêt *Cliche*, précité, qui, selon lui « consacrait l'abrogation législative de l'immunité extra-contractuelle de la Couronne du Québec » pour en arriver finalement à l'art. 94 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25.

Le juge Lamer a précisément référé à l'art. 94 *C.p.c.* dans l'arrêt *Nelles*, précité, dans le cadre de son analyse des différents régimes d'immunité de la Couronne pour poursuites criminelles abusives au regard de la situation en Ontario où la Couronne avait jusqu'alors joui d'une immunité absolue ou quasi absolue. En *obiter*, il opine (à la p. 181) :

Dans le cas du Québec, la situation est tout à fait différente en ce que, depuis 1966, le *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, prévoit spécifiquement les recours contre la Couronne de la manière suivante :

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

90

91

No provisions in this chapter prevent a suit for malicious prosecution against the Crown.

92

Lamer J. expressed no opinion as to the scope of that article in respect of public law, adding the following important *caveat*: “However, the substantive issue of immunity of Crown prosecutors has not been finally determined” (p. 181). He returned briefly to the subject to support his position that there are policy considerations which favour relative immunity for Crown attorneys in such cases, stating (at pp. 197-98): “In addition, since 1966, the province of Quebec permits suits against the Attorney General and Crown prosecutors without any evidence of a flood of claims.”

93

Clearly, this is an *obiter dictum*. As well, those comments, made in passing, do not provide any substantive analysis of the scope of art. 94 *C.C.P.* in relation to actions against the Attorney General and Crown attorneys for malicious prosecutions. Lamer J. himself indicated that the question had not been finally decided and, in any event, was not necessary for the solution of *Nelles, supra*. In the circumstances, this *obiter dictum* cannot stand as authority on the issue before us. LeBel J.A. himself addressed it as follows (at p. 420):

[TRANSLATION] The incidental comments made by Lamer J. regarding the specific nature of the rules of Crown liability in Quebec law cannot alter those conclusions [see reasons of Lamer J., pp. 181, 197-98]. The central issue is not Ontario private law, but the question of the immunity of the Attorney General and of prosecutors. As Lamer J. pointed out, the legal situation in Quebec differs from the situation in Ontario, since absolute immunity was abolished in Quebec long ago, given that the *Code of Civil Procedure* expressly provides for a right of action against the Crown, and no law has been enacted to clearly define the legal rules that apply to the Crown, the Attorney General and prosecutors. That does not mean, however, that the Supreme Court decided in that case that in Quebec the Attorney General and prosecutors enjoy no immunity, even relative. At most, we can say that in Quebec, the question has not been finally determined [see reasons of Lamer J., p. 181]. In doing a comparative analysis of a number of legal systems,

Aucune disposition du chapitre en question n'interdit d'actionner la Couronne pour poursuites abusives.

Le juge Lamer ne se prononce aucunement sur la portée de cet article en droit public et ajoute le *caveat* important suivant : « Cependant, la question de fond de l'immunité des procureurs de la Couronne n'a pas été définitivement tranchée » (p. 181). Le juge Lamer revient brièvement sur le sujet au soutien de sa position que des considérations d'intérêt public militent en faveur d'une immunité relative des procureurs de la Couronne en ces matières, en ces termes (aux p. 197-198) : « Par ailleurs, la province de Québec permet les actions contre le procureur général et les procureurs de la Couronne depuis 1966 sans que cela ait provoqué une avalanche d'actions. »

Il s'agit là clairement d'un *obiter dictum*. De plus, ces commentaires, faits en passant, ne font l'objet d'aucune analyse approfondie de la portée de l'art. 94 *C.p.c.* eu égard aux poursuites criminelles abusives contre le procureur général et ses substituts. Le juge Lamer lui-même indique que la question n'a pas été définitivement tranchée, question d'ailleurs qu'il n'avait pas à résoudre dans l'arrêt *Nelles*, précité. Dans les circonstances, je ne donnerais pas à cet *obiter dictum* la portée d'un prononcement définitif sur la question qui nous occupe. Le juge LeBel lui-même en dispose ainsi (à la p. 420) :

Les commentaires accessoires du juge Lamer sur les caractères particuliers du régime de responsabilité de la Couronne en droit québécois ne sauraient modifier ces conclusions [voir opinion du juge Lamer, pp. 181, 197-198]. L'objet central du débat reste non pas le droit privé ontarien, mais la question de l'immunité du procureur général et de ses substituts. Comme le souligne le juge Lamer, la situation juridique du Québec diffère de celle de l'Ontario, puisque l'immunité absolue de l'État y a été abolie depuis longtemps, le *Code de procédure civile* prévoyant expressément un droit d'action contre celle-ci et aucune loi n'ayant été adoptée pour déterminer clairement le régime juridique applicable à la Couronne, au procureur général et à ses substituts. Cela ne signifie pas pour autant que la Cour suprême ait décidé, à cette occasion, qu'au Québec le procureur général et ses substituts ne jouissaient d'aucune immunité, même relative. On peut tout au plus noter qu'au Québec la question n'a pas été définitivement tranchée [voir

Lamer J. did leave civil law systems out of his analysis, because of the wide differences between those systems and the common law tradition [p. 191]. It does not appear that Lamer J. dealt in that instance with the specific case of the legal system of Quebec; rather, his reasons appear to be concerned with the private law systems of major civil law nations such as France.

I would note in passing that this *obiter dictum* by Lamer J. does not meet the test proposed by Chouinard J. in *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527, at p. 530:

In *Ottawa v. Nepean Township et al.*, [1943] 3 D.L.R. 802, Robertson C.J. wrote for the Court of Appeal of Ontario, at p. 804:

. . . What was there said may be *obiter*, but it was the considered opinion of the Supreme Court of Canada, and we should respect it and follow it even if we are not strictly bound by it. [Emphasis added.]

The opinion here is not a “considered opinion” on the subject; it is merely a comment that raises the question but is not intended to dispose of it, as Lamer J. himself states and as LeBel J.A. correctly points out.

While, as I believe, art. 94 *C.C.P.* is intended to deal with actions in extra-contractual civil liability in private law against the Crown in Quebec, it does not, however, in my opinion, dispose of the question of actions in extra-contractual civil liability against public authorities in public law, and in particular, for the purposes of this appeal, of actions for malicious prosecution against the Attorney General of Quebec and Crown attorneys. Since Quebec has not legislated to abolish the immunities in public law that govern extra-contractual civil liability for malicious prosecutions by the Attorney General, we must look to the English public law on this point.

It is against this backdrop that we must now consider the *Nelles* decision, *supra*, and decide whether it applies in Quebec in whole or in part.

opinion du juge Lamer, p. 181]. Il est vrai que, procédant à une analyse comparative de quelques systèmes juridiques, le juge Lamer écarte les régimes civilistes de son analyse, en raison des grandes différences entre eux et la common law [p. 191]. Il ne semble pas que le juge Lamer traite ici du cas spécifique du système juridique du Québec, mais son opinion paraît plutôt viser les systèmes de droit privé de grands États de droit civil, comme la France.

Je note, en passant, que cet *obiter* du juge Lamer ne rencontre pas le critère que proposait le juge Chouinard dans l’arrêt *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527, p. 530 :

Dans *Ottawa v. Nepean Township et al.*, [1943] 3 D.L.R. 802, le juge en chef Robertson écrivait pour la Cour d’appel de l’Ontario, à la p. 804 :

[TRADUCTION] . . . Ce qui a été énoncé constitue peut-être un *obiter*; mais il s’agit d’une opinion motivée de la Cour suprême du Canada et nous devons la respecter et la suivre, même si strictement nous ne sommes pas liés. [Je souligne.]

Il ne s’agit pas ici d’une « opinion motivée » sur le sujet, mais uniquement d’un commentaire qui soulève la question mais qui n’a pas pour but de la régler, comme le juge Lamer lui-même le mentionne et comme le juge LeBel le souligne avec raison.

Si, comme je le crois, l’art. 94 *C.p.c.* s’adresse aux recours en responsabilité civile extra-contractuelle de droit privé contre la Couronne au Québec, il ne résout cependant pas, selon moi, la question des recours en responsabilité civile extra-contractuelle contre les autorités publiques en droit public et, en particulier pour les fins du présent pourvoi, des recours pour poursuites criminelles abusives contre le procureur général du Québec et ses substituts. Le Québec n’ayant pas légiféré pour abolir les immunités de droit public qui régissent la responsabilité civile extra-contractuelle pour poursuites criminelles abusives de la part du procureur général, il faut recourir au droit public anglais à cet égard.

C’est sur cette toile de fond qu’il y a lieu maintenant de discuter de l’arrêt *Nelles*, précité, et de son application, intégrale ou non, au Québec.

94

95

96

(2) *Nelles*

97

The *Nelles* decision dealt with a civil action for damages against the Ontario Crown, Attorney General and Crown attorneys and others, and arose out of a murder charge laid against Susan Nelles, who was acquitted after a preliminary inquiry. Ms. Nelles alleged that the Crown and its agents had committed the tort of malicious prosecution. The Ontario Crown responded to the action by making a preliminary motion to have the action dismissed on the ground that under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice the plaintiff had no cause of action, because the Crown enjoyed absolute immunity. The motion was allowed both at first instance and on appeal, but that decision was set aside by the Supreme Court of Canada as against the Attorney General.

98

The question before this Court was whether the Crown, the Attorney General and Crown attorneys enjoy absolute immunity from an action for malicious prosecution. A majority of the Court concluded that while the Crown enjoys absolute immunity in this respect under the Ontario Rules of Procedure, the Attorney General and Crown attorneys do not enjoy such absolute immunity in respect of malicious prosecution. McIntyre and Lamer JJ., in turn, listed the various approaches that have been adopted around the world and in Canada and concluded that ultimately, there are policy considerations that support relative immunity in respect of the tort of malicious prosecution as it applies to the Attorney General and Crown attorneys.

99

LeBel J.A., with whom I agree completely on this point, adopted the principle of relative immunity, which, he wrote, [TRANSLATION] “must be applied in Quebec” (p. 420). He also observed, on this point (at p. 420):

[TRANSLATION] As well, the administrative and judicial policy considerations examined in *Nelles v. Ontario* are matters of public law. Because they relate to the application of a national law that applies everywhere in Canada,

(2) *L'arrêt Nelles*

Cet arrêt a trait à une poursuite civile en dommages et intérêts contre la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne de l'Ontario et autres à la suite d'une accusation de meurtre portée contre Susan Nelles qui avait été acquittée à l'issue de l'enquête préliminaire. Madame Nelles invoquait le délit civil de poursuites criminelles abusives à l'endroit de la Couronne et de ses agents. La Couronne ontarienne a répondu à cette poursuite en présentant une requête préliminaire en rejet de l'action au motif qu'en vertu de l'art. 126 des Règles de pratique de l'Ontario, la demanderesse n'avait aucune cause d'action vu l'immunité absolue dont jouissait la Couronne. La requête a été accueillie tant en première instance qu'en appel, mais elle a été cassée par la Cour suprême quant au procureur général.

La question devant notre Cour consistait à déterminer si la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue à l'encontre d'une action pour poursuites criminelles abusives. La Cour a conclu à la majorité que, si la Couronne jouit d'une immunité absolue en cette matière en vertu des Règles de procédure de l'Ontario, le procureur général et les procureurs de la Couronne, eux, ne jouissent pas d'une telle immunité absolue relativement aux actions pour poursuites criminelles abusives. Les juges McIntyre et Lamer font à tour de rôle l'inventaire des diverses solutions adoptées à travers le monde et au Canada pour conclure que des considérations d'intérêt public militent finalement en faveur d'une immunité relative à l'égard du délit civil de poursuites criminelles abusives applicable au procureur général et à ses substituts.

Le juge LeBel, avec lequel je suis entièrement d'accord sur ce point, adopte le principe d'immunité relative qui, écrit-il, « doit recevoir application au Québec » (p. 420). Il note à cet égard (à la p. 420) :

De plus, les considérations de politique administrative et judiciaire examinées dans *Nelles c. Ontario* relèvent du droit public. Portant sur la mise en œuvre d'un droit national applicable partout au Canada, elles [...] doivent

they . . . must be taken into account in determining the nature of the public law rules governing an action in liability for malicious prosecution by the Attorney General and the Attorney General's prosecutors in Quebec.

être prises en compte pour déterminer la nature des règles de droit public encadrant l'action en responsabilité pour poursuites abusives entamées par le procureur général et ses substituts au Québec.

The principles laid down by the Supreme Court of Canada in *Nelles v. Ontario* are part of the public law that applies in Quebec. They mean that both the Attorney General and prosecutors enjoy relative immunity from civil suits, in respect of acts they perform in the course of their duties.

Les principes posés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nelles c. Ontario* font partie du droit public applicable au Québec. Ils signifient que le procureur général, comme ses substituts, bénéficie d'une immunité relative contre les poursuites civiles, à l'égard des actes posés par ces derniers dans le cadre de leurs fonctions.

Because it is agreed that *Nelles* applies in Quebec, I shall move on immediately to the question of whether it applies integrally in Quebec, which is the question on which both the Quebec Court of Appeal and the parties to this case do not agree.

Comme la question de l'application de l'arrêt *Nelles* au Québec n'est pas contestée, je passe immédiatement à la question de son application, intégrale ou non, au Québec, question qui a divisé la Cour d'appel du Québec ainsi que les parties au présent dossier.

(3) Does *Nelles* apply integrally in Quebec?

(3) L'arrêt *Nelles* s'applique-t-il intégralement au Québec?

While the appellant admits that *Nelles* applies in Quebec, he submits that it applies only in part; in taking this position, he relies both on the opinion of LeBel J.A. and on the following arguments, which he made in support of his contentions: (1) the present case is primarily an action in civil liability for malicious prosecution in which the plaintiff is seeking compensation for the infringement of his individual rights; (2) private law, and thus civil law, must be applied predominantly. Public law here only defines the context and the protection granted by the regime governing the civil liability of the Attorney General and of Crown attorneys. Accordingly, the principles which in *Nelles* derive from the private common law must give way to the application of the principles of Quebec civil law. The four criteria laid down in *Nelles*, therefore, cannot be applied *mutatis mutandis* in Quebec law. Proof of gross negligence is sufficient to ground liability against the Attorney General and Crown attorneys.

Tout en admettant que l'arrêt *Nelles* s'applique au Québec, l'appelant soutient qu'il ne s'applique que partiellement, s'appuyant en cela tant sur l'opinion du juge LeBel que sur les arguments suivants, qu'il fait valoir au soutien de ses prétentions : (1) la présente situation est avant tout une action en responsabilité civile pour poursuite abusive où le demandeur tente d'obtenir réparation à l'atteinte portée à ses droits individuels; (2) le droit privé, et partant le droit civil, doit alors être appliqué de façon prédominante. Le droit public, dans ce cas, ne sert qu'à définir le contexte et la protection accordée au régime de responsabilité civile du procureur général et de ses substituts. Ainsi, les principes qui, dans l'arrêt *Nelles*, relèvent de la common law privée, devront laisser place à l'application des principes de droit civil québécois. Les quatre critères établis par l'arrêt *Nelles* ne peuvent de ce fait être appliqués *mutatis mutandis* en droit québécois. La preuve d'une faute lourde est suffisante pour que soit engagée la responsabilité du procureur général et de ses substituts.

The Attorney General submits that the only onus compatible in Quebec law with the requirements of the burden of proof described in *Nelles* is

Le procureur général, pour sa part, soutient que le seul fardeau compatible, en droit québécois, avec les exigences du fardeau de preuve décrit

100

101

102

intentional fault. Consequently, absence of reasonable and probable grounds and intent to harm must be demonstrated.

103 It is necessary here to refer to *Nelles*, and, in particular, to the statement by Lamer J. regarding the tort of malicious prosecution, which LeBel J.A. quotes (at p. 420): [TRANSLATION] “*Nelles v. Ontario* was indeed decided on the basis of the tort of malicious prosecution, a private common law action which is foreign to the Quebec law of civil liability.” On the question of the tort of malicious prosecution, Lamer J. observed (at pp. 176-77):

I would like to point out that what is at issue here is not whether malicious prosecution is a reasonable cause of action. A suit for malicious prosecution has been recognized at common law for centuries dating back to the reign of Edward I. What is at issue is whether the Crown, Attorney General and Crown Attorneys are absolutely immune from suit for the well-established tort of malicious prosecution.

104 Here, Lamer J. drew a distinction that is crucial in the instant case between the tort of malicious prosecution in private common law, which has existed “for centuries”, and the same tort of malicious prosecution in public common law, which, until then, had run up against the absolute immunity of the Crown, and the apparently absolute immunity of the Attorney General. In private common law, individuals against whom an action is brought may no longer rely on immunity. In public common law, on the contrary, until *Nelles* Crown attorneys seemed to enjoy absolute immunity.

105 While LeBel J.A. adopted the analysis of Lamer J. in *Nelles* and concluded that [TRANSLATION] “[t]his principle of relative immunity must be applied in Quebec” (p. 420), he does not seem to have made that distinction when he described the tort of malicious prosecution as a private common law action and found it to be foreign to the Quebec law of civil liability. He did not pursue his anal-

dans l’arrêt *Nelles*, est celui de la faute intentionnelle. En conséquence, doivent être démontrées l’absence de motifs raisonnables et probables ainsi que l’intention de nuire.

Je crois nécessaire ici de référer à l’arrêt *Nelles* et, en particulier, à cette affirmation du juge Lamer sur le délit civil de poursuites criminelles abusives que le juge LeBel reprend (à la p. 420) : « Il est vrai que l’arrêt *Nelles c. Ontario* a été jugé sur la base du *Tort of malicious prosecution*, une action de la common law privée, étrangère au droit québécois de la responsabilité civile. » Discutant du délit civil de poursuites criminelles abusives, le juge Lamer souligne (aux p. 176-177) :

Je tiens à souligner que la question qui se pose ici n’est pas de savoir si des poursuites abusives constituent une cause raisonnable d’action, car l’existence d’une action pour poursuites abusives est reconnue en *common law* depuis des siècles, depuis le règne d’Édouard I^{er}. La question est plutôt de savoir si la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne bénéficient d’une immunité absolue contre toute action fondée sur le délit civil bien établi de poursuites abusives.

Le juge Lamer fait ici la distinction, qui s’avère cruciale dans la présente instance, entre le délit civil de poursuites criminelles abusives en common law de droit privé qui existe « depuis des siècles » et le même délit civil de poursuites criminelles abusives en droit public de common law, qui, jusqu’alors, se buttait à l’immunité absolue de la Couronne et vraisemblablement absolue à l’égard du procureur général. En effet, en common law de droit privé, les personnes poursuivies ne peuvent plus soulever leur droit à l’immunité. En droit public, par contre, jusqu’à l’arrêt *Nelles*, l’immunité des procureurs de la Couronne semblait absolue.

Le juge LeBel, tout en endossant l’analyse du juge Lamer dans l’arrêt *Nelles* et en concluant que « [c]e principe d’immunité relative doit recevoir application au Québec » (p. 420), ne semble pas faire cette distinction lorsqu’il qualifie le délit civil de poursuites criminelles abusives d’action de common law privée et juge celle-ci étrangère au droit québécois de la responsabilité civile. Il n’a

ysis further, to determine whether there is a tort of malicious prosecution in public law, and if so, whether it applies in public law in Quebec. LeBel J.A. accordingly looked to Quebec's private civil law to determine the elements of the tort of malicious prosecution in public common law.

In my opinion, that is an incorrect interpretation of what Lamer J. said in *Nelles* when he referred to the common law tort of malicious prosecution which has existed "for centuries". By this, he could only have meant private prosecutions, and not public prosecutions, because at that time prosecutions were private. In fact, he stated in this respect, in *Nelles* (at pp. 189-90):

The position in respect of prosecutorial immunity in England is somewhat unique in that jurisdiction owing in part to the tradition of private prosecution. Private prosecutors have always been liable to suit for malicious prosecution though few, if any, reported cases exist. The Director of Public Prosecutions, who performs the same or similar function as a Canadian provincial Attorney General, was not created until 1879. In *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), the Court said the following in respect of suits against the D.P.P. (at p. 941):

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

The English position then, at the very least, leaves the door open for suits against the equivalent of our Attorneys General and Crown Attorneys when what is at issue is the suppression of evidence.

pas poursuivi plus loin son analyse pour déterminer s'il existe un délit civil de poursuites criminelles abusives en droit public et, si oui, s'il s'applique en droit public au Québec. C'est ainsi que le juge LeBel s'en remet au droit civil privé québécois pour déterminer les éléments du délit civil de poursuites criminelles abusives en droit public de common law.

C'est là, à mon avis, une interprétation incorrecte des propos du juge Lamer dans l'arrêt *Nelles* lorsqu'il réfère au délit civil de poursuites criminelles abusives de common law qui existe « depuis des siècles ». Il ne pouvait s'agir là que de poursuites de droit privé et non de droit public puisque les poursuites à cette époque étaient privées. On lit d'ailleurs à ce propos dans l'arrêt *Nelles* (aux p. 189-90) :

La position anglaise à l'égard de l'immunité du poursuivant est assez unique, en raison partiellement de la tradition des poursuites privées. Les poursuivants privés ont toujours été exposés à des actions pour poursuites abusives, quoiqu'il existe peu, ou point, de décisions publiées dans ce domaine. La charge d'avocat général (*Director of Public Prosecutions*), dont les fonctions sont identiques ou semblables à celles d'un procureur général provincial au Canada, n'a été créée qu'en 1879. Dans l'arrêt *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), la cour disait ceci quant aux actions intentées contre le D.P.P. (à la p. 941) :

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

La position anglaise admet donc au moins la possibilité d'actions contre les homologues de nos procureurs généraux et procureurs de la Couronne lorsque la suppression d'éléments de preuve est en cause.

As LeBel J.A. himself acknowledged in his reasons (at p. 420), and no one here is disputing, what we have in this case is a matter of public law and not of private law. In these circumstances, I believe that there is no need to bring in the notion of fault found in Quebec's private civil law and try to characterize that fault in such a way as to correspond to the Ontario common law tort of malicious prosecution, regardless of what equivalency there may be, as discussed by Professor Garant, cited by LeBel J.A. (see Garant, *supra*, vol. 2, at pp. 565 and 600-619).

107

LeBel J.A. wrote: [TRANSLATION] "Apart from the statutory provisions, we must then look to the principles of public law, which include the rules of the common law governing immunities. When the delictual liability of the state or of a public body is in issue, the public law must be examined in order to determine the sphere in which the rules of liability that come from private law are to apply, and subject to what limits and conditions they will apply" (p. 417). He relied on *Laurentide Motels, supra*, in concluding that that case "laid down principles that are still relevant in defining the rules for stating the principles of public law and of the system of liability that comes from private law. An examination of the 'public' common law will then be necessary, in order to determine whether it is legitimate to refer to the private law rules, and the limits on doing so" (p. 417). He discussed the reasons of Beetz J. in *Laurentide Motels, supra*, as follows (at p. 417):

[TRANSLATION] When the delictual liability of the state or of a public body is in issue, the public law must be examined in order to determine the sphere in which the rules of liability that come from private law are to apply, and subject to what limits and conditions they will apply. Although Beetz J., in his reasons in *Laurentide Motels v. Ville de Beauport* [[1989] 1 S.C.R. 705] was dealing with the liability of a municipality, he laid down principles that are still relevant in defining the rules for stating principles of public law and of the system of liability that comes from private law. An examination of the "public" common law will then be necessary, in order to determine whether it is proper to refer to the private law rules, and the limits on doing so [at pp. 724-25]:

. . .

Or, comme le juge LeBel l'admet lui-même dans ses motifs (p. 420), et personne ne le conteste ici, nous traitons dans la présente instance d'une matière de droit public et non de droit privé. Dans ces circonstances, j'estime qu'il n'y a pas lieu de faire intervenir la notion de faute de droit civil privé québécois et de tenter de qualifier cette faute pour qu'elle corresponde au délit civil de poursuites criminelles abusives de common law ontarienne, quelle qu'en soit l'équivalence, ce dont discute le professeur Garant cité par le juge LeBel (voir Garant, *op. cit.*, vol. 2, p. 565 et 600-619).

Le juge LeBel écrit : « Au-delà des textes législatifs, il faut alors s'en rapporter aux principes de droit public, qui comprennent le régime des immunités de la common law. Lorsque la responsabilité délictuelle de l'État ou d'un corps public est en cause, l'examen du droit public s'impose pour déterminer dans quelle sphère, dans quelles limites et à quelles conditions le régime de responsabilité tiré du droit privé trouvera à s'appliquer » (p. 417). Il prend appui sur l'arrêt *Laurentide Motels*, précité, et conclut que celui-ci, « expose des principes toujours pertinents pour définir les règles d'articulation des principes du droit public et du système de responsabilité tiré du droit privé. L'étude de la common law "publique" deviendra alors nécessaire pour déterminer la légitimité et les limites du renvoi aux règles de droit privé » (p. 417). Il discute en ces termes de l'opinion du juge Beetz dans *Laurentide Motels*, p. 417 :

Lorsque la responsabilité délictuelle de l'État ou d'un corps public est en cause, l'examen du droit public s'impose pour déterminer dans quelle sphère, dans quelles limites et à quelles conditions le régime de responsabilité tiré du droit privé trouvera à s'appliquer. Bien que traitant de la responsabilité d'une municipalité, l'opinion du juge Beetz dans l'affaire *Laurentide Motels c. Ville de Beauport* [[1989] 1 R.C.S. 705] expose des principes toujours pertinents pour définir les règles d'articulation des principes du droit public et du système de responsabilité tiré du droit privé. L'étude de la common law « publique » deviendra alors nécessaire pour déterminer la légitimité et les limites du renvoi aux règles du droit privé [aux p. 724-725] :

. . .

Public law in Quebec has two sources, the statutory law and the common law. The meaning of the phrase “in certain respects” in art. 356 *C.C.L.C.* is therefore a problem to be resolved either by statutory provision or by the common law. As this Court observed in *Adricon Ltée v. Town of East Angus*, [1978] 1 S.C.R. 1107, at p. 1120, in the matter of a municipality’s contractual relations with individuals, the question is resolved by statute, since s. 28 (1) (3) of the *Cities and Towns Act* confers upon a municipality the power to “contract, transact, bind and oblige itself and others to itself, within its powers.” In the matter of a municipality’s delictual and quasi-delictual relations with individuals, no express statutory provision is made. Here the second source of public law, the “public” common law as it exists at present, must determine the respects in which a municipal corporation falls within the control of the civil law in its relations with individuals. Under this common law, a municipal corporation which acts within the operational sphere of its discretionary powers is subject to private law standards of conduct. In Quebec, the private law standards of conduct are those enunciated in the *Civil Code*, and particularly in arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.*

The symmetry between the policy/operational rule drawn from the “public” common law and the collective relations/individual relations opposition established by art. 356 *C.C.L.C.* is no accident. When a municipal corporation exercises its discretionary powers to address political exigencies, it must make a judgment as to the interest of the community as a whole and is responsible to the community as a whole through the ballot box. However, once a municipality moves into the operational sphere of its powers, its negligent acts are susceptible of causing a distinct harm to an individual member of society, and it is responsible to that individual before the courts.

The application of the principles I have outlined above to the facts of the case at bar reveals that the responsibility of the city of Beauport for the damage caused to the appellants falls to be determined by arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.*

In my opinion, as relevant as the passage from the opinion of Beetz J. cited by LeBel J.A. may be when it comes to the liability of municipal corporations in Quebec, which is governed by art. 356 of the *Civil Code of Lower Canada* (as amended, as to form but not as to substance, by the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, see arts. 300 and 1376

Le droit public du Québec a deux sources, le droit écrit et la common law. Le sens des mots « à certains égards » à l’article 356 *C.c.B.-C.* pose donc un problème qu’il faut résoudre soit à l’aide d’une disposition légale ou de la common law. Comme cette Cour l’a souligné dans l’arrêt *Adricon Ltée c. Ville d’East Angus*, [1978] 1 R.C.S. 1107, à la p. 1120, qui traite des relations contractuelles d’une municipalité avec des particuliers, la question est réglée par la loi puisqu’en vertu du par. 28 (1) (3) de la *Loi sur les cités et villes* une municipalité peut « contracter, transiger, s’obliger et obliger les autres envers elle dans les limites de ses attributions ». Aucune disposition légale ne vise explicitement les relations délictuelles et quasi délictuelles d’une municipalité avec des particuliers. Ici, la seconde source de droit public, la common law « publique » qui existe actuellement, doit déterminer à quels égards une corporation municipale relève du droit civil dans ses relations avec les particuliers. Selon la common law, une corporation municipale est assujettie, dans l’exercice pratique de ses pouvoirs discrétionnaires, aux normes de conduite du droit privé. Au Québec, les normes de conduite du droit privé sont énoncées dans le *Code civil* et plus particulièrement aux art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.*

La symétrie entre la règle politique/exécution tirée de la common law « publique » et l’opposition entre les rapports collectifs et les rapports individuels établie par l’art. 356 *C.c.B.-C.* n’est pas accidentelle. Lorsqu’une corporation municipale exerce ses pouvoirs discrétionnaires pour répondre à des exigences politiques, elle doit porter un jugement sur l’intérêt de l’ensemble de la collectivité, et sa responsabilité envers l’ensemble de la collectivité passe par la boîte du scrutin. Cependant, dès lors que la municipalité passe à l’exercice pratique de ses pouvoirs, son incurie est susceptible de causer un préjudice particulier à un membre individuel de la société, envers qui elle est responsable devant les tribunaux.

L’application des principes que je viens d’énoncer aux faits de l’espèce révèle que la responsabilité de la ville de Beauport pour le préjudice causé aux appelants doit être déterminée en vertu des art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.*

À mon avis, cet extrait de l’opinion du juge Beetz, que cite le juge LeBel, tout pertinent qu’il soit lorsqu’il s’agit de la responsabilité des corporations municipales au Québec, régie par l’art. 356 du *Code civil du Bas Canada* (modifié dans sa forme par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, mais non pour la substance, voir les art. 300

C.C.Q.), and given that this was an extra-contractual civil action in private law, that opinion cannot determine extra-contractual civil liability in public law for malicious prosecution, something that the judgment never considered and did not have to consider. The passages quoted *supra* may have misdirected the issue that is before us here, and particularly the position of the two parties on this point which LeBel J.A. himself adopted.

109

Unlike LeBel J.A., I do not consider it to be necessary for the purposes of this case to determine whether the decision to lay charges against an individual, which is one of the functions of the Attorney General and Crown attorneys, must be characterized as an act of administrative authority or an act of political authority (p. 418). The distinction between policy and operational spheres was borrowed by Quebec law from the public common law in *Laurentide Motels* for specific purposes and in a specific context: the tort of negligence, not the tort of malicious prosecution. (See J.-D. Archambault, “Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)” (1999), 59 *R. du B.* 59, at pp. 82-83; P.-A. Côté, “La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l’Administration québécoise — Commentaire de l’arrêt *Laurentide Motels*” (1994), 28 *R.J.T.* 411, at p. 425; L. N. Klar, “Recent Developments in Canadian Law: Tort Law” (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 177, at p. 193.) On this point, it should be noted that this Court has applied that distinction only in situations relating to the tort of negligence (see *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60, at para. 53; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259).

et 1376 *C.c.Q.*), et s’agissant là d’une poursuite civile extra-contractuelle en droit privé, ne saurait régir la responsabilité civile extra-contractuelle en droit public pour poursuites criminelles abusives, ce que cet arrêt n’a jamais considéré et n’avait pas à le faire. Les extraits ci-haut rapportés ont peut-être mal orienté le débat dont nous sommes ici saisis, en particulier la position à cet égard des deux parties en l’espèce que le juge LeBel a lui-même endossée.

Contrairement au juge LeBel, je n’estime pas nécessaire pour les fins du litige de déterminer si la décision de porter des accusations contre une personne, qui fait partie des fonctions du procureur général et de ses substituts, doit être qualifiée d’acte de gestion ou d’acte de puissance publique (p. 418). En effet, la distinction politique-opérationnelle a été empruntée par le droit québécois à la common law publique dans l’arrêt *Laurentide Motels* pour des fins et dans un cadre particuliers, soit celui du délit civil de négligence, et non celui du délit civil de poursuites criminelles abusives. (Voir J.-D. Archambault, « Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) » (1999), 59 *R. du B.* 59, p. 82-83; P.-A. Côté, « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l’Administration québécoise — Commentaire de l’arrêt *Laurentide Motels* » (1994), 28 *R.J.T.* 411, p. 425; L. N. Klar, « Recent Developments in Canadian Law : Tort Law » (1991), 23 *R.D. Ottawa* 177, p. 193.) À cet égard, il est pertinent de souligner que notre Cour a appliqué cette distinction seulement dans des situations relatives au délit civil de négligence (voir *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, par. 53; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, 2000 CSC 12; *Lewis (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259).

It is instructive that while this common law rule had to be applied to the actions of the administration in the broad sense, the Supreme Court of Canada did not see fit to reiterate that distinction in relation to the tort of malicious prosecution, which was central to *Nelles*, a decision rendered after *Laurentide Motels*. (See also *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, and *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181, in which the policy/operational dichotomy was ignored in cases relating to the tort of nuisance.) I believe that to refer here to the policy/operational dichotomy was misleading, because, as Professor Archambault has shown, [TRANSLATION] “it suggests that it comprises a mandatory step in any extra-contractual liability action brought against any public authority” (“Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)”, *supra*, at p. 84).

This leads me to conclude that the jurisprudence and doctrine relating to the civil liability of the administration in public law, in cases where the administration makes a policy decision, is of no assistance in this instance. (See on this point *Québec (Procureur général) v. Deniso LeBel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821 (C.A.), at p. 1838; P. Garant, “La responsabilité civile de la puissance publique: du clair obscur au nébuleux” (1991), 32 *C. de D.* 745; P. Giroux and S. Rochette, “La mauvaise foi et la responsabilité de l’État”, in *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, vol. 119, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (1999), 117, at pp. 122-23.)

As I noted earlier, LeBel J.A. then reverted to Quebec private civil law to determine the elements of the public law tort of malicious prosecution in Quebec. He applied those elements, *inter alia*, to decide whether the Attorney General of Quebec and Crown attorneys enjoy the relative immunity in public law recognized in *Nelles*, *supra*. I cannot follow him down that path.

Si cette règle de common law devait être applicable aux actes de l’Administration au sens large, il est révélateur que la Cour suprême du Canada n’ait pas cru bon de reprendre cette distinction dans le cadre du délit civil de poursuites criminelles abusives qui était au cœur de l’arrêt *Nelles*, rendu postérieurement à *Laurentide Motels*. (Voir également *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, et *Tock c. St. John’s Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181, où la scission politique-opérationnelle est ignorée dans des cas relatifs au délit civil de nuisance.) J’estime que ce recours à la distinction politique-opérationnelle était en l’espèce trompeur, car, comme l’a démontré le professeur Archambault, « il laisse croire qu’elle constitue un passage obligé dans toute poursuite en responsabilité extracontractuelle entamée contre quelque autorité publique » (« Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) », *loc. cit.*, p. 84).

Ceci m’amène à conclure que la jurisprudence et la doctrine relatives à la responsabilité civile de droit public de l’Administration lorsqu’elle prend une décision de nature politique ne sont d’aucun secours en l’espèce. (Voir à cet égard *Québec (Procureur général) c. Deniso LeBel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821 (C.A.), p. 1838; P. Garant, « La responsabilité civile de la puissance publique : du clair obscur au nébuleux » (1991), 32 *C. de D.* 745; P. Giroux et S. Rochette, « La mauvaise foi et la responsabilité de l’État », dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, vol. 119, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (1999), 117, p. 122-123.)

Le juge LeBel, comme je l’ai déjà mentionné, s’en remet donc au droit civil privé québécois pour déterminer les éléments du délit civil de poursuites criminelles abusives de droit public au Québec. Il les applique notamment pour décider si le procureur général du Québec et ses substituts jouissent de l’immunité relative en droit public qui leur a été reconnue par l’arrêt *Nelles*, précité. Je ne saurais le suivre sur ce terrain.

110

111

112

113 Professor Archambault, in “Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)”, *supra*, wrote on this point, at p. 97:

[TRANSLATION] By thus confusing private common law torts and public common law immunities, and simultaneously and erroneously rejecting them both, our Quebec private law has been invested with powers that it does not have, for which it was never designed. That leads to uncertainty and incoherence, in which, without actually admitting it, what is being done is to try to combine, to mix, common law considerations with principles that allegedly come from private law. . . .

114 The role of the Attorney General and of Crown attorneys when they lay criminal charges, in Quebec as elsewhere, is a public law role. They represent the Crown and the public interest, and not their private interest or the interest of a private citizen, as LeBel J.A. himself stated (at p. 412):

[TRANSLATION] The Attorney General and the Attorney General’s prosecutors are the guardians of the public interest, and assume a general responsibility for the efficient and proper functioning of the criminal justice system. Their role is not limited to that of private counsel who is responsible for an individual case (Canada. Law Reform Commission. *Controlling Criminal Prosecutions: the Attorney General and the Crown Prosecutor*. Ottawa: The Commission, 1990. Pp. 18-19).

Accordingly, it is public law that governs the actions of the Attorney General and of Crown attorneys in the performance of their duties.

115 Nor must it be forgotten that what was decided in *Nelles* was not so much the nature of the tort of malicious prosecution, but rather the scope of the immunity of the Crown and its agents as recognized in public law; this is a purely public law concept. No such concept exists in private law, except, perhaps, as Professor Archambault pointed out in “Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)”, *supra*, at p. 74, in the statute law, for specific

Le professeur Archambault, dans « Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) », *loc. cit.*, écrit à cet égard, à la p. 97 :

En confondant ainsi les *torts* de *common law* privée et les immunités de *common law* publique, pour écarter simultanément et erronément les uns et les autres, on investit notre droit privé québécois de facultés qu’il n’a pas, pour lesquelles il n’est guère conçu. Cela donne des incertitudes, des incohérences, où l’on veut réunir, fondre, sans trop l’admettre, des considérations de *common law* à des énoncés prétendument de droit privé . . .

Le rôle du procureur général et de ses substituts, au Québec comme ailleurs, en est un de droit public lorsque ceux-ci portent des accusations criminelles. Ils représentent l’État et l’intérêt public et non pas leur intérêt privé, ni celui d’un citoyen privé, comme l’exprimait le juge LeBel lui-même (à la p. 412) :

Gardiens de l’intérêt public, le procureur général et ses substituts assument une responsabilité générale à l’égard du fonctionnement efficace et correct du système de justice pénale. Leur rôle ne se limite pas à celui du plaideur privé, chargé d’un dossier particulier (Canada. Commission de réforme du droit. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*. Ottawa : la Commission 1990. P. 20).

C’est donc le droit public qui régit les actes posés par le procureur général et ses substituts dans l’exercice de leurs fonctions.

Il ne faut pas non plus perdre de vue ici que ce que l’arrêt *Nelles* décide ce n’est pas tant la nature du délit civil de poursuites criminelles abusives, mais plutôt l’étendue de l’immunité reconnue en droit public à la Couronne et à ses agents; c’est là une pure notion de droit public. Une telle notion n’existe pas en droit privé, sauf peut-être, comme le souligne le professeur Archambault, dans « Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) », *loc. cit.*, p. 74, en droit d’origine

purposes: immunity is granted to [TRANSLATION] “judges, commissioners, prosecutors, witnesses, parties and counsel”. LeBel J.A. (at pp. 420-21) referred to this himself, as follows:

[TRANSLATION] In fact, there are already other immunities for the benefit of participants in the judicial process, such as parties, witnesses or counsel (*Langelier v. Giroux*, (1932) 52 B.R. 113; *Langlois v. Drapeau*, [1962] B.R. 277), or justices (*Doyon v. Roussel*, [1989] R.R.A. 528 (C.A.)), and judges (*Morier v. Rivard*, (1985) 2 S.C.R. 716).

Absolute immunity had been a prerogative of the Crown since time immemorial, as Professor Archambault stated in his article, portions of which I quoted, *supra*, in this respect (“Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public”, at pp. 519-20).

Each legal system, public and private, common law and civil law, has its unique rules, and I see no reason to intermingle them unless the legislature has itself so provided, as is the case for municipal corporations in Quebec law. How then can it be argued that private law concepts could be relevant in determining the scope of that public law immunity, however relative it may be? I believe that referring to private law concepts would take us down the wrong track.

It is important not to confuse torts, in private common law, and immunities, in public common law. While the tort of malicious prosecution is foreign to the private law of the Quebec *Civil Code*, the immunity defined by the public common law is not. Consequently, there is no need to translate the test that, according to *Nelles*, governs the relative immunity conferred on the Attorney General and Crown attorneys in public law into Quebec law, by trying to find some equivalent among the concepts of fault that are an inherent part of civil liability in Quebec. Application of the four criteria laid down in *Nelles* does not call for any reference to Quebec private civil law; the relative immunity of Crown counsel and of prosecutors originates in the public common law, which applies in its entirety in Quebec.

législative, pour des fins particulières : l’immunité est accordée aux « juges, commissaires, procureurs, témoins, parties et plaideurs ». Le juge LeBel en fait lui-même état en ces termes (aux p. 420-421) :

D’ailleurs, d’autres immunités existent déjà en faveur de participants au processus judiciaire, comme les parties, les témoins ou les avocats (*Langelier c. Giroux*, (1932) 52 B.R. 113; *Langlois c. Drapeau*, [1962] B.R. 277), ou encore les juges de paix (*Doyon c. Roussel*, [1989] R.R.A. 528 (C.A.)) et les juges (*Morier c. Rivard*, (1985) 2 R.C.S. 716).

En effet, l’immunité absolue était une prérogative de la Couronne depuis des temps immémoriaux, comme l’indique le professeur Archambault dans l’article dont j’ai reproduit certains extraits à cet égard plus haut « Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec : variations de droit public », p. 519-520.

Chaque système de droit, public et privé, de common law et de droit civil, comporte ses règles particulières et je ne vois aucune raison de les entremêler à moins que le législateur lui-même ne l’ait prévu, comme c’est le cas pour les corporations municipales en droit privé québécois. Comment alors peut-on prétendre que des notions de droit privé puissent être pertinentes pour déterminer l’étendue de cette immunité de droit public, toute relative qu’elle soit? J’estime que c’est faire fausse route que de s’y référer.

Il importe de ne pas confondre les délits civils de common law privée et les immunités de common law publique. S’il est vrai que le délit civil de poursuites criminelles abusives est étranger au droit privé du *Code civil* québécois, l’immunité définie par la common law publique ne l’est pas. En conséquence, nul besoin de traduire en droit québécois les critères qui, selon l’arrêt *Nelles*, régissent l’immunité relative reconnue au procureur général et à ses substituts en droit public, en y cherchant une équivalence parmi les concepts de faute propres à la responsabilité civile québécoise. L’application des quatre critères établis par l’arrêt *Nelles* ne nécessite aucune référence au droit civil privé québécois; l’immunité relative des procureurs de la Couronne et de ses substituts tire son origine de la common law publique, qui s’applique intégralement au Québec.

116

117

118

(4) Conclusion

119

I therefore conclude from the foregoing that the extra-contractual civil liability of the Attorney General of Quebec and of the Attorney General's prosecutors for malicious prosecution is part of Quebec public law and is entirely governed in Quebec by the decision in *Nelles*, *supra*. The relative immunity enjoyed by the Attorney General and by Crown attorneys pursuant to *Nelles* applies to them. Consequently, the concepts of fault in the private civil law of Quebec are not applicable in deciding that liability; rather, the public law test laid down in *Nelles* applies.

120

That being said, I turn to the application of *Nelles* to the facts of this case, in order to determine whether the Attorney General of Quebec and the Crown attorneys are entitled to relative immunity in respect of the extra-contractual civil action brought against them. Prior to that, however, it is important to review the role of the Attorney General and Crown attorneys as regards criminal prosecutions, and the standards applicable to the performance of their duties, in accordance with *Nelles*.

D. *Application of Nelles to the Facts of the Case*(1) Role and Duties of the Attorney General in Relation to the Laying of Criminal Charges

121

The leading decision in this respect is *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, to which both Lamer and McIntyre JJ. referred in *Nelles*. Lamer J. dealt with it as follows (at pp. 191-92):

The office of the Crown Attorney has as its main function the prosecution of and supervision over indictable and summary conviction offences. The Crown Attorney is to administer justice at a local level and in so doing acts as agent for the Attorney General. Traditionally the Crown Attorney has been described as a "minister of justice" and "ought to regard himself as part of the Court rather than as an advocate". (Morris Manning, "Abuse of Power by Crown Attorneys", [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571, at p. 580, quoting Henry Bull, Q.C.) As regards the proper role of the Crown Attorney, perhaps no more

(4) Conclusion

Je conclus donc de ce qui précède que la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec et de ses substituts pour poursuites criminelles abusives fait partie du droit public québécois et est régie intégralement au Québec par l'arrêt *Nelles*, précité. L'immunité relative dont jouissent le procureur général et ses substituts en vertu de l'arrêt *Nelles* leur est applicable. En conséquence, il n'y a pas lieu d'appliquer les notions de fautes du droit civil privé du Québec pour décider de cette responsabilité; il y a plutôt lieu de s'en tenir aux critères de droit public énoncés dans l'arrêt *Nelles*.

Ceci dit, il s'agit maintenant d'appliquer l'arrêt *Nelles* aux faits de l'espèce afin de déterminer si le procureur général du Québec et ses substituts doivent bénéficier de l'immunité relative en regard de la poursuite civile extra-contractuelle logée contre eux. Auparavant, cependant, il est important de revenir sur le rôle du procureur général et de ses substituts en ce qui a trait aux poursuites criminelles ainsi qu'aux normes applicables à l'exercice de celui-ci aux termes de l'arrêt *Nelles*.

D. *Application de l'arrêt Nelles aux faits de l'espèce*(1) Le rôle du procureur général et ses devoirs relativement au dépôt d'accusations criminelles

L'arrêt clé en la matière est *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, auquel d'ailleurs réfèrent tous deux les juges Lamer et McIntyre dans l'arrêt *Nelles*. Le juge Lamer en traite en ces termes (aux p. 191-192) :

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

often quoted statement is that of Rand J. In *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 23-24:

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

LeBel J.A. did a very thorough review of the question and there is no disagreement regarding the norms he identified. I believe that it is worth reproducing a passage from his opinion on this point here, with which I am in complete agreement (at p. 411):

[TRANSLATION] The critical nature of the role of the Attorney General and prosecutors in a province in the functioning of the criminal justice system in Canada is apparent even from a quick examination of their functions. The Attorney General is traditionally responsible for administering justice, and for initiating or terminating criminal and penal prosecutions. He or she also acts as representative of the sovereign, before the courts and in the various criminal proceedings. Those functions give the Attorney General the status of constitutional guardian of the social peace, and the duty to ensure that crimes and violations of statutes are punished (Canada. Law Reform Commission. *Criminal Procedure: Control of the Process*. Ottawa: The Commission, 1975. Pp. 11-13).

(2) *The Nelles Test*

In applying the *Nelles* decision, the respondent's conduct must be evaluated having regard to the role of the Attorney General. Lamer J. described the necessary cumulative elements to

[1979] *L.S.U.C. Lectures* 571, à la p. 580, citant Henry Bull, c.r.) Sur le rôle qui est propre au procureur de la Couronne, il n'y a probablement aucun passage qui soit aussi souvent cité que cet extrait des motifs du juge Rand dans l'affaire *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, aux pp. 23 et 24 :

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

Le juge LeBel a fait une étude magistrale de la question et les normes qu'il en dégage ne font pas l'objet de débat. Je crois utile de reproduire ici un extrait de son opinion sur ce point, avec lequel je suis entièrement d'accord (à la p. 411) :

Le caractère critique du rôle du procureur général d'une province et de ses substituts dans le fonctionnement de la justice pénale au Canada ressort d'un examen, même rapide, de leurs fonctions. Le procureur général est traditionnellement chargé d'administrer la justice, d'engager les poursuites criminelles et pénales ou d'y mettre fin. Il agit aussi comme le représentant du souverain, devant les cours de justice et dans les différentes procédures pénales. Ces fonctions lui attribuent le statut de gardien constitutionnel de la paix sociale, qui doit s'assurer que soient sanctionnés les crimes et les violations des lois (Canada. Commission de réforme du droit. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*. Ottawa : la Commission, 1975. P. 12-14).

(2) *Les critères de l'arrêt Nelles*

C'est donc en gardant à l'esprit le rôle du procureur général et les critères de l'arrêt *Nelles* qu'il y a lieu d'apprécier la conduite de l'intimé. Le juge Lamer décrit ainsi les quatre éléments

122

123

succeed in an action for malicious prosecution (at p. 193):

- (a) the proceedings must have been initiated by the defendant;
- (b) the proceedings must have terminated in favour of the plaintiff;
- (c) the absence of reasonable and probable cause;
- (d) malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect.

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

Lamer J. pursued (at pp. 193-94):

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

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

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

cumulatifs nécessaires pour obtenir gain de cause dans une action pour poursuites criminelles abusives (à la p. 193) :

- a) les procédures ont été engagées par le défendeur;
- b) le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur;
- c) l'absence de motif raisonnable et probable;
- d) l'intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi.

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

Le juge Lamer poursuit (aux p. 193-194) :

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

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

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

or abused his office and the process of criminal justice. In fact, in some cases this would seem to amount to criminal conduct. (See for example breach of trust, s. 122, conspiracy re: false prosecution s. 465(1)(b), obstructing justice s. 139(2) and (3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.) [Emphasis deleted.]

Lamer J. summarizes the plaintiff's burden in such actions (at p. 194):

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

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

The test laid down in *Nelles* for lifting the immunity of Crown attorneys is very strict, and for a good reason. It must be recalled that before *Nelles*, immunity was absolute, as it has in fact always been the case in the United States. In *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), the United States Supreme Court held (at pp. 422-24):

The common-law immunity of a prosecutor is based upon the same considerations that underlie the common-law immunities of judges and grand jurors acting within the scope of their duties. These include concern that harassment by unfounded litigation would cause a deflection of the prosecutor's energies from his public duties, and the possibility that he would shade his decisions instead of exercising the independence

procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. En fait il semble que, dans certains cas, cela équivaille à une conduite criminelle. (Voir, par exemple, l'abus de confiance, art. 122, le complot en vue d'engager des poursuites injustifiées, al. 465(1)b), l'entrave à la justice, par. 139(2) et (3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46.) [Soulignement omis.]

Plus loin, le juge Lamer résume la tâche du demandeur qui intente une telle poursuite (à la p. 194) :

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

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

Les critères dégagés dans l'arrêt *Nelles* pour lever l'immunité des procureurs de la Couronne sont très exigeants, et non sans raison. Il faut se rappeler qu'avant l'arrêt *Nelles*, l'immunité était absolue comme elle l'est toujours d'ailleurs aux États-Unis. En effet la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Imbler c. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), affirmait (aux p. 422-424) :

[TRADUCTION] L'immunité de common law d'un procureur (*prosecutor*) est fondée sur les mêmes considérations qui sous-tendent l'immunité des juges et des grands jurés qui agissent dans les limites de leurs pouvoirs. Ces considérations sont nourries par la crainte d'être entraîné dans un litige non fondé qui serait de nature à réduire l'efficacité des procureurs dans la décharge de leurs devoirs publics et la possibilité qu'ils nuancent leurs

124

125

of judgment required by his public trust. One court expressed both considerations as follows:

“The office of public prosecutor is one which must be administered with courage and independence. Yet how can this be if the prosecutor is made subject to suit by those whom he accuses and fails to convict? To allow this would open the way for unlimited harassment and embarrassment of the most conscientious officials by those who would profit thereby. There would be involved in every case the possible consequences of a failure to obtain a conviction. There would always be a question of possible civil action in case the prosecutor saw fit to move dismissal of the case. . . . The apprehension of such consequences would tend toward great uneasiness and toward weakening the fearless and impartial policy which should characterize the administration of this office. The work of the prosecutor would thus be impeded and we would have moved away from the desired objective of stricter and fairer law enforcement.” *Pearson v. Reed*, 6 Cal. App. 2d 277, 287, 44 P.2d 592, 597 (1935).

In *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (2d Cir. 1926), Rogers J. wrote, at p. 406:

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

Lamer J. recognized in *Nelles* that “[t]here is no doubt that the policy considerations in favour of absolute immunity have some merit” (p. 199). Those considerations include public confidence, diversion from duties, the choice between two evils and other available recourses. He concludes as follows (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

décisions au lieu de les exercer avec l’indépendance de jugement que requiert la confiance que le public met en eux. Un tribunal a décrit ces deux facteurs en ces termes :

« La fonction de procureur de la poursuite doit être exercée avec courage et indépendance. Cependant, comment peut-il en être ainsi lorsque le procureur de la poursuite peut être poursuivi par ceux qu’il met en accusation et à l’égard desquels il ne réussit pas à obtenir une déclaration de culpabilité? Permettre qu’une telle situation se produise laisserait la voie libre à certains individus qui gagneraient à harceler et à gêner à l’infini les fonctionnaires les plus consciencieux. Chaque cas serait porteur des conséquences éventuelles du défaut d’obtenir une déclaration de culpabilité. La question de la possibilité d’une poursuite civile serait toujours présente, dans le cas où le procureur de la poursuite jugerait bon de demander le rejet de l’affaire . . . L’appréhension de telles conséquences risque de créer un grand malaise et un relâchement de l’attitude courageuse et impartiale qui devrait caractériser l’exercice de cette fonction. Le travail du procureur s’en trouverait entravé, et nous nous serions éloignés de l’objectif recherché d’une application plus stricte et plus équitable de la loi. » *Pearson c. Reed*, 6 Cal. App. 2d 277, 287, 44 P.2d 592, 597 (1935).

Dans l’arrêt *Yaselli c. Goff*, 12 F.2d 396 (2d Cir. 1926), le juge Rogers écrit, à la p. 406 :

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

Quant au juge Lamer dans l’arrêt *Nelles*, il reconnaît qu’« [i]l ne fait pas de doute que les considérations d’intérêt public invoquées en faveur de l’immunité absolue ont une certaine légitimité » (p. 199). Ces considérations sont notamment : la confiance du public, le détournement des fonctions, le choix entre deux maux et les autres recours possibles. Or, il en vient à la conclusion suivante (à la 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

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.]

In that decision, I myself pointed out (at p. 223):

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

This is the background against which the facts of this case must be examined having regard to the norms and test set out *supra*.

(3) The Judicial Framework

The facts that led to the prosecution of the appellant and the difficulties that arose at trial are not in dispute; the only issue concerns the assessment of those facts having regard to the applicable norms. It is useful, however, to recount at the outset the judicial history of this case, starting with the murder of France Alain.

Following the murder, officers John Tardif and Marcel Gauvin were put in charge of the investigation. The coroner summoned a number of witnesses, including the appellant. Early on, suspicion focused on the appellant on account of the facts established at the coroner's inquest.

In March 1986, after several weeks of inquiry, the coroner conceded that he could not conclude that the appellant had met France Alain on the evening of October 25, 1982 and no charges

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.]

Pour ma part, dans le même arrêt, j'ai fait ressortir que (à la p. 223) :

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

C'est sur cette toile de fond qu'il y a lieu de discuter des faits de l'espèce au regard des normes et critères dégagés plus haut.

(3) La trame judiciaire

Les faits qui ont donné lieu à la poursuite criminelle contre l'appellant ainsi que les incidents du procès ne sont aucunement contestés; seule leur appréciation au regard des normes applicables l'est. Je crois, cependant, qu'il y a lieu de relater au départ l'histoire judiciaire de cette affaire à partir du meurtre de France Alain.

Suite au meurtre, une enquête est confiée aux policiers John Tardif et Marcel Gauvin, au cours de laquelle le coroner assigne de nombreux témoins, dont l'appellant. Très tôt, les soupçons se portent sur l'appellant en raison des faits établis à l'enquête du coroner.

Après plusieurs semaines d'enquête, le coroner concède que, en mars 1986, il ne peut conclure que l'appellant a rencontré France Alain le soir du 25 octobre 1982. Aucune accusation criminelle n'est

126

127

128

129

were laid. At that time, the Crown attorney was of the view that there was insufficient evidence.

130

Inactive since the coroner's inquest, the case was reactivated in early 1991, due to a new media coverage of an action in civil liability for defamation brought by the appellant against a journalist at the radio station CHRC and John Tardif, who had investigated the case. The publication of a photograph of the appellant in a local newspaper, alongside a news report on the civil action, revived anew Paul-Henri Paquet's memory. The Crown attorney at the coroner's inquest was informed of this new development. The police and the Crown then reopened the case of France Alain. The Crown attorney immediately requested the police officers to conduct a serious investigation of this new witness. They looked for additional verification concerning, among other things, written statements from the witness's relatives and on the information he would have provided in 1982. The account given by Mr. Paquet was corroborated by the testimony of a number of other people, three of whom affirming that, in the hours following the murder, Mr. Paquet had recounted the same incident he would recall in 1991.

131

In light of the facts recounted by this witness, the Crown attorney re-examined the whole of the evidence collected during the police investigation, including the transcripts of the police interrogations and of the coroner's inquest. Only after discussing the case with his colleagues and superiors did the Crown attorney authorize the laying of a murder charge against the appellant, on March 20, 1991.

132

The appellant's preliminary inquiry was held in April 1991, at which time he was committed for trial. He was tried before judge and jury, and at the end of the trial, on November 10, 1991, he was found guilty of the first degree murder of France Alain. He was sentenced to life in prison, with no eligibility of parole for 25 years.

portée à l'issue de cette enquête, le substitut du procureur général étant d'avis que les éléments de preuve sont alors insuffisants.

Demeuré inactif depuis l'enquête du coroner, le dossier se ranime soudainement au début de 1991, à la faveur d'une nouvelle couverture médiatique, celle qui résulte de la poursuite en responsabilité civile pour diffamation intentée par l'appelant contre un journaliste de la station CHRC et l'ancien enquêteur John Tardif. La diffusion dans un journal local de la photographie de l'appelant, jointe à un article faisant état de la poursuite civile, ravive la mémoire de Paul-Henri Paquet, qui se manifeste à nouveau. Le substitut qui a participé à l'enquête du coroner est mis au courant de ce nouveau développement. La police et la Couronne rouvrent alors le dossier de France Alain. Dès lors, le procureur de la Couronne demande aux policiers d'effectuer une enquête sérieuse sur ce nouveau témoin. Ils cherchent à obtenir des vérifications additionnelles concernant, notamment, des déclarations écrites de la part de parents du témoin sur celui-ci et sur les informations qu'il aurait données en 1982. La version du témoin Paquet est corroborée par de nombreux témoignages; trois personnes affirment que, dans les heures qui ont suivi le meurtre, M. Paquet leur a dit la même chose qu'il allait prétendre en 1991.

À la lumière de la version des faits de ce témoin, le substitut réexamine l'ensemble de la preuve recueillie lors de l'enquête policière et, notamment, les transcriptions des interrogatoires de police et de l'enquête du coroner. C'est seulement après avoir discuté de l'affaire avec ses collègues et ses supérieurs que, le 20 mars 1991, il autorise le dépôt d'une accusation de meurtre contre ce dernier.

Au cours du mois d'avril 1991, l'appelant subit une enquête préliminaire à l'issue de laquelle il est cité à procès. Il est jugé devant juge et jury et, au terme du procès, le 10 novembre 1991, le jury le reconnaît coupable de meurtre au premier degré de France Alain. Il est condamné à la prison à perpétuité, sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans.

The Court of Appeal set aside the guilty verdict and substituted a verdict of acquittal, having concluded that the verdict was based on evidence that should have been excluded (at p. 383 C.C.C.):

[TRANSLATION] With respect, we consider that the jury's verdict rests in part on evidence that the judge should have excluded. We are also of the view that the jury ended up at its verdict as a result of inadequate instructions, in particular on the visual identification evidence and the question of motive. Finally, we consider that the identification evidence is so lacking in probative value that it would be unreasonable, even taking into account the other evidence called by the Crown, to find beyond a reasonable doubt that Mr. Paquet saw the appellant near the scene of the crime on the evening of October 25, 1982.

While we must take account of the advantages of the jury's position in regard to questions of credibility, we are on the other hand required, pursuant to the principles set out above, to consider the reasonableness of the verdict on the basis of the legally admissible evidence and what would be the appropriate instructions in law. In short, our conclusion must deal with a verdict that the jury could have reasonably rendered, not on the evidence admitted but on that which should have been admitted, after having been properly instructed by the trial judge.

Applying the principles set out in *Yebes*, *Howard*, *S.(P.L.)* and *W.(R.)* to all of the evidence, we consider that in the present case, a properly instructed jury "could not reasonably have decided that the accused was guilty beyond a reasonable doubt".

(4) Liability

(a) *Preliminary Remarks*

The Court of Appeal was particularly divided on the meaning and characterization of the test set out in *Nelles*. Beauregard J.A. strictly applied *Nelles* to the facts of the case, while LeBel J.A., dissenting on this point, redefined the test on the basis of the civil law definition of fault.

Applying the extremely rigorous test laid down in *Nelles*, which is, according to Lamer J., in the nature of a fraud on the law, I am in complete agreement with the conclusion reached by Beauregard J.A. based on the test.

La Cour d'appel casse le verdict de culpabilité et lui substitue un verdict d'acquittement, concluant que le verdict repose sur des éléments de preuve qui auraient dû être exclus (aux p. 2087-2088) :

Nous estimons ainsi, avec égard, que le verdict du jury repose en partie sur des éléments de preuve que le juge aurait dû exclure. Nous sommes aussi d'avis que le jury a abouti à son verdict à partir de directives inadéquates, notamment sur la preuve d'identification oculaire et concernant la question du mobile. Enfin, nous estimons que la preuve d'identification est à ce point démunie de valeur probante qu'il serait déraisonnable, même en tenant compte des autres éléments invoqués par le ministère public, d'en tirer la conclusion hors de tout doute raisonnable que M. Paquet a vu l'appelant près du crime dans la soirée du 25 octobre 1982.

Si nous devons tenir compte de la position privilégiée du jury à l'endroit des questions de crédibilité, nous sommes par contre tenus, en vertu des principes ci-dessus énoncés, d'étudier le caractère raisonnable du verdict à partir de la preuve légalement reçue et à la lumière des directives convenables en droit. Bref, notre conclusion doit porter sur un verdict que le jury pouvait raisonnablement rendre, non pas sur la preuve administrée mais sur celle qui aurait dû l'être, et cela, après avoir été convenablement instruit par le premier juge.

Appliquant ainsi à l'ensemble de la preuve qui subsiste au dossier les principes énoncés dans les arrêts *Yebes*, *Howard*, *S.(P.L.)* et *W.(R.)*, nous estimons qu'en l'espèce un jury convenablement instruit « n'aurait pu raisonnablement déclarer l'accusé coupable hors de tout doute raisonnable ».

(4) La responsabilité

(a) *Remarques préliminaires*

C'est dans l'appréciation et la qualification des critères de l'arrêt *Nelles* que s'est particulièrement divisée la Cour d'appel. Le juge Beauregard applique intégralement aux faits les critères de l'arrêt *Nelles* alors que le juge LeBel, dissident sur ce point, redéfinit les critères à la lumière de la faute en droit civil.

Appliquant les critères extrêmement rigoureux dégagés dans l'arrêt *Nelles*, critères qui, selon le juge Lamer, sont de la nature d'une fraude à la loi, je partage entièrement la conclusion qu'en tire le juge Beauregard.

133

134

135

136

As a preliminary point, it must be noted, as Brossard J.A. pointed out, that the burden of proof in civil matters is not subject to the same rules as in criminal matters. Proof beyond a reasonable doubt in criminal law is not the proof required in civil law, which is proof on a balance of probabilities. On this point, I would borrow the expression used by Professor J.-C. Royer: [TRANSLATION] “Criminal law does not apply to civil law” (*La preuve civile* (2nd ed. 1995), at p. 473) or, as Brossard J.A. observed (at p. 436):

[TRANSLATION] In my opinion, and with respect for the contrary view, it seems to me that the trial judge’s error gave the judgment of this Court acquitting the respondent, for good reason, too much weight in the civil trial. Not only is a civil trial not subject to the same rules of evidence, but also, and most importantly, the burden of proof is essentially reversed in a civil trial

... while in the criminal case the Crown had the burden of proving the accused’s guilt beyond a reasonable doubt, the burden is on the respondent, in the civil trial, [a burden of] proof by a preponderance of evidence. ...

137

On the other hand, the Crown attorney does not assume the role of the judge and does not have to anticipate all of the rulings that a judge may make in a criminal trial, those decisions often being determined by the arguments made by the defence, the gravity of the case, the gravity of the offence charged, and so on. The Crown attorney must know the law and apply it to the best of his or her knowledge.

138

Nor can the Crown attorney be held responsible for the errors which the judge at the criminal trial is alleged to have made as found by the Court of Appeal and on which the trial judge in the civil case relied entirely to uphold the appellant’s action.

139

In addition, it is essential to point out that this was a prosecution based solely on circumstantial evidence, no one having witnessed the murder. Contrary to what my colleagues seem to be saying, the evidence and pleadings clearly show that neither the Crown nor the defence saw fit to compel the witness, Mr. Paquet, to identify the accused before or during the trial. In *The Law of Evidence in Canada*

À titre préliminaire, il faut retenir d’une part, comme le juge Brossard le souligne, que le fardeau de preuve en matière civile n’est pas sujet aux mêmes règles qu’en matière criminelle. La preuve hors de tout doute raisonnable en droit criminel n’est pas celle du droit civil, soit la balance des probabilités. À cet égard j’emprunterais l’expression que le professeur J.-C. Royer reprend « le criminel ne tient pas le civil en état » (*La preuve civile* (2^e éd. 1995), p. 473) ou, comme le souligne le juge Brossard (à la p. 436) :

À mon avis, et ceci dit avec égards pour l’opinion contraire, l’erreur du premier juge me paraît être d’avoir accordé au jugement de notre cour, acquittant l’intimé, et pour cause, une portée indue en regard du procès civil. Non seulement celui-ci n’est pas assujéti aux mêmes règles de preuve mais, surtout, le fardeau de preuve est essentiellement inversé dans le procès civil.

... alors que la Couronne avait, en matière pénale, l’obligation de prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l’accusé, le fardeau repose sur l’intimé, dans le procès civil, [un fardeau de] preuve prépondérante ...

D’autre part, le substitut n’a pas à se substituer au juge et à prévoir à l’avance toutes les décisions que peut rendre un juge lors d’un procès criminel, décisions qui sont souvent fonction des arguments présentés par la défense, du sérieux de la cause, du sérieux de la violation qu’on allègue, et ainsi de suite. Le substitut doit connaître la loi et l’appliquer au meilleur de sa connaissance.

Le substitut ne saurait non plus être tenu responsable des erreurs que l’on reproche au juge du procès dans la poursuite criminelle, reproches que la Cour d’appel a énumérés et que le juge de première instance a adoptés en entier pour donner gain de cause à l’appelant.

Par ailleurs, il est primordial de souligner qu’il s’agissait ici d’une poursuite s’appuyant uniquement sur une preuve circonstancielle, personne n’ayant été témoin du meurtre. En effet, contrairement à ce que semblent soutenir mes collègues, la preuve et les plaidoiries démontrent clairement que ni la Couronne ni la défense n’ont jugé bon de contraindre le témoin Paquet à identifier l’accusé

(2nd ed. 1999), J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant describe the requirements relating to circumstantial evidence (at pp. 38 and 41):

Circumstantial evidence in the criminal context is any circumstance which may or may not tend to implicate the accused in the commission of the offence for which the accused is charged.

. . .

Each piece of evidence need not alone lead to the conclusion sought to be proved. Pieces of evidence, each by itself insufficient, may however when combined, justify the inference that the facts exist.

J. J. Robinette, “Circumstantial Evidence”, [1955] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 307, said the following (at p. 307):

All that circumstantial evidence is, is that you are seeking to prove circumstances, subordinate circumstances, subordinate facts, from which a trial tribunal may draw the inference that a principal issue of fact vital to your case has been established. Therefore, as a matter of logic, if an inference may be drawn from a subordinate fact that the principal fact occurred then evidence is admissible to prove the subordinate fact and that is what is loosely called circumstantial evidence.

See also R. J. Delisle, *Evidence: Principles and Problems* (4th ed. 1996), at p. 23: “In cases of circumstantial evidence certain facts connected with the material fact are proved and the trier is asked to infer from those facts that the material fact exists”; A. F. Sheppard, *Evidence* (3rd ed. 1988), at p. 158: “Circumstantial evidence is any item of evidence other than the testimony of an eyewitness to the material fact, which is called direct evidence.”

As Hall J. (dissenting in part but not on this issue) wrote in *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309, at pp. 383-84:

I recognize fully that guilt can be brought home to an accused by circumstantial evidence; that there are cases

avant ou pendant le procès. Dans leur traité *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant décrivent ainsi les exigences relatives à une preuve de nature circonstancielle (aux p. 38 et 41) :

[TRADUCTION] La preuve circonstancielle en droit criminel s’entend de toute circonstance susceptible ou non d’impliquer l’accusé dans la perpétration de l’infraction dont il est inculpé.

. . .

Il n’est pas nécessaire que chaque élément de preuve mène, à lui seul, à la conclusion que l’on cherche à démontrer. Les éléments de preuve qui sont insuffisants isolément peuvent cependant, lorsqu’ils sont réunis, justifier la conclusion que les faits existent.

J. J. Robinette, « Circumstantial Evidence », [1955] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 307, s’exprime en ces termes (à la p. 307) :

[TRADUCTION] La preuve circonstancielle constitue simplement la tentative de prouver les circonstances, les circonstances accessoires et les faits accessoires à partir desquels le tribunal de première instance peut conclure qu’une question de fait principale, essentielle à la preuve, a été établie. En conséquence, comme le veut la logique, s’il est possible d’inférer, à partir d’un fait accessoire, qu’un fait principal est survenu, la preuve visant à établir le fait accessoire est admissible pour prouver le fait accessoire, et c’est ce qu’on appelle en général une preuve circonstancielle.

Voir également R. J. Delisle, *Evidence : Principles and Problems* (4^e éd. 1996), p. 23 : [TRADUCTION] « Lorsqu’il s’agit d’une preuve circonstancielle, certains faits liés à un fait substantiel sont établis et on demande au juge des faits d’inférer, à partir de ces faits, l’existence du fait substantiel »; A. F. Sheppard, *Evidence* (3^e éd. 1988), p. 158 : [TRADUCTION] « La preuve circonstancielle s’entend de tout élément de preuve autre que le témoignage d’un témoin oculaire quant au fait substantiel, qu’on appelle une preuve directe. »

Comme le juge Hall, dissident en partie mais non sur ce point, l’a écrit dans l’arrêt *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309, p. 383-384 :

[TRADUCTION] Je reconnais pleinement que la preuve circonstancielle peut mener à l’obtention d’une

where the circumstances can be said to point inexorably to guilt more reliably than direct evidence; that direct evidence is subject to the everyday hazards of imperfect recognition or of imperfect memory or both. The circumstantial evidence case is built piece by piece until the final evidentiary structure completely entraps the prisoner in a situation from which he cannot escape. There may be missing from that structure a piece here and there and certain imperfections may be discernible, but the entrapping mesh taken as a whole must be continuous and consistent.

See also *R. v. Kaysaywaysemat* (1992), 10 C.R. (4th) 317 (Sask. C.A.). Circumstantial evidence may therefore establish that the accused committed the crime: *R. v. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540 (Alta. C.A.); *Genest v. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2387 (C.A.). The accused's conduct subsequent to the crime may also constitute circumstantial evidence of guilt: *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109.

142 At the heart of the application of these rules of liability lies the decision by the Crown attorney to prosecute, which should be assessed having regard to the factual situation and all of the information available to him at the time he authorized the murder charge: March 20, 1991.

143 I will examine the four criteria set out in *Nelles* in turn having regard to the evidence on which the Crown attorney based his opinion that laying the information was justified.

(b) *The Criminal Prosecution and the Acquittal*

144 The first two criteria are easily met: the criminal proceedings in *Proulx* were initiated by the Crown attorney, who was the defendant in the civil case, *Proulx v. Québec (Procureur général)*. As well, [TRANSLATION] “the [criminal] proceedings . . . terminated in favour of the plaintiff” (p. 421); in *R. v. Proulx*, the Quebec Court of Appeal acquitted the appellant, Benoît Proulx. On the other hand, the last two criteria call for a more in-depth and detailed examination of the facts.

déclaration de culpabilité à l'égard d'un accusé; qu'il existe des cas où il est possible d'affirmer que, de façon encore plus fiable que la preuve directe, les circonstances mènent inexorablement à la culpabilité; que la preuve directe est tributaire du lot quotidien de dangers associés à une reconnaissance imparfaite ou à un souvenir inexact, ou aux deux. La preuve circonstancielle s'échafaude pièce par pièce jusqu'à ce que la structure finale de la preuve se referme complètement sur le prisonnier qui ne peut y échapper. Il peut manquer à cette structure une pièce ici et là, et certaines imperfections peuvent être discernées, mais la preuve qui se resserre sur l'accusé doit, dans l'ensemble, être continue et cohérente.

Voir également : *R. c. Kaysaywaysemat* (1992), 10 C.R. (4th) 317 (C.A. Sask.). La preuve circonstancielle peut donc établir que l'accusé est l'auteur du crime : *R. c. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540 (C.A. Alb.); *Genest c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2387 (C.A.). La conduite postérieure au crime de l'accusé peut ainsi constituer une preuve circonstancielle de culpabilité : *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109.

Au cœur de l'application de ce régime de responsabilité se situe la décision de poursuivre du substitut, qu'il convient d'apprécier eu égard à la situation de fait et à l'ensemble des informations dont il disposait au moment où il autorisa l'accusation de meurtre, soit le 20 mars 1991.

J'examinerai les quatre critères de l'arrêt *Nelles* tour à tour à la lumière des éléments de preuve à partir desquels le substitut fut d'avis qu'il était justifié d'autoriser la dénonciation.

(b) *La poursuite criminelle et l'acquiescement*

Les deux premiers critères sont ici aisément satisfaits. En effet, les procédures pénales ont été engagées, dans l'affaire *Proulx*, par le substitut, défendeur dans la cause civile *Proulx c. Québec (Procureur général)*. De plus, « le tribunal [pénal] a rendu une décision favorable au demandeur » (p. 421) : la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Proulx c. La Reine*, a acquitté l'appellant Benoît Proulx. Les deux derniers critères, en revanche, nécessitent une étude plus approfondie et détaillée des faits.

(c) *Reasonable and Probable Grounds*

LeBel J.A. stated the principles that must serve as guidelines in analysing this component of the extra-contractual civil liability for malicious prosecution in public law, which are not in dispute here (at p. 415):

[TRANSLATION] At the outset, at this critical stage of the criminal process, authorization for laying the information, objectivity and a cold and measured assessment of whether there is reasonable and probable cause are essential to the proper performance of the prosecutor's functions. The prosecutor's decision may not be based on any personal conviction of guilt. The prosecutor must retain a degree of detachment from the case, in order to evaluate all of the evidence available, as well as the impact of the rules found in the case law and the legislation regarding the admissibility of that evidence at trial, so that it can be determined whether it is objectively reasonable and in conformity with the law to initiate a prosecution. The prosecutor must not assume the role of the judge and conduct the trial in his or her head. However, the decision to authorize the charge must be based on objectively verifiable factors and on the probable state of the law. The ultimate objective must not be to obtain a conviction at any cost. When it seems risky, at best, that a conviction could be obtained, based on an analysis of the case done with the essential professional detachment, setting a criminal proceeding in motion would violate some of the fundamental objectives and principles of the criminal justice system. That system does not allow the legal security and reputation of an individual, who is fundamentally protected by the presumption of innocence, to be jeopardized, unless there are sufficient grounds, which have been characterized as reasonable and probable both by judicial practice and by the directives governing the conduct of Crown attorneys.

Were there in fact no reasonable and probable grounds to charge the appellant when the charge of first degree murder was laid?

There are two important elements that would suggest, *prima facie*, that there were sufficient grounds. First, the judge who presided at the preliminary inquiry concluded that there were reasonable and probable grounds for committing the appellant for trial. Second, the trial judge found that there was sufficient evidence, since he did not direct a verdict of acquittal and the jury returned a guilty verdict. A more in-depth analysis is however necessary.

(c) *Les motifs raisonnables et probables*

Le juge LeBel énonce les principes, non contestés, qui doivent servir de guides dans l'analyse de cette composante de la responsabilité civile extra-contractuelle de droit public pour poursuites criminelles abusives (à la p. 415) :

Au départ, à cette étape critique du processus pénal qu'est l'autorisation de la dénonciation, l'objectivité et l'appréciation froide et mesurée de l'existence des causes raisonnables et probables sont indispensables au bon exercice des fonctions du substitut. La décision de celui-ci ne peut reposer sur l'intime conviction d'une culpabilité. Il faut que le substitut conserve un certain détachement à l'égard de l'affaire pour évaluer l'ensemble des éléments de preuve disponibles, comme l'impact des règles jurisprudentielles et législatives relatives à leur admissibilité au procès, afin de déterminer s'il est objectivement raisonnable et conforme au droit d'engager une poursuite. Il n'a pas à se substituer au juge et à faire mentalement le procès. Cependant, la décision d'autoriser l'accusation doit reposer sur des facteurs objectivement vérifiables et sur l'état probable du droit. L'objectif ultime ne doit pas être d'obtenir une condamnation à tout prix. Lorsque l'obtention d'une condamnation paraîtrait au mieux aléatoire, après une analyse du dossier menée avec le détachement professionnel indispensable, le déclenchement d'une procédure pénale violerait certains des objectifs et des principes fondamentaux du système de justice pénale. Celui-ci ne permet de mettre en péril la sécurité juridique et la réputation d'un citoyen, protégé en principe par la présomption d'innocence, que lorsque existent des motifs suffisants, qualifiés de raisonnables et probables tant par la pratique judiciaire que par les directives gouvernant la conduite des procureurs de la Couronne.

Y avait-il en fait absence de causes raisonnables et probables pour inculper l'appellant lorsque l'accusation de meurtre au premier degré fut déposée?

Deux éléments importants porteraient à conclure *prima facie* à l'existence de motifs suffisants. Premièrement, le juge présidant l'enquête préliminaire a conclu à l'existence de motifs raisonnables et probables pour le renvoi de l'appellant à son procès. En second lieu, le juge du procès a retenu des éléments de preuve suffisants puisqu'il n'a pas ordonné un verdict dirigé d'acquiescement et le jury a retourné un verdict de culpabilité. Une analyse plus poussée me paraît cependant nécessaire.

147 On March 20, 1991, when he authorized the murder charge, did the Crown attorney have “an honest belief in the guilt of the accused based upon a full conviction, founded upon reasonable grounds, of the existence of a state of circumstances, which, assuming them to be true, would reasonably lead any ordinarily prudent and cautious [person], placed in the position of the accuser, to the conclusion that the person charged was probably guilty of the crime imputed”? (*Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, at p. 171, Hawkins J., quoted by Lamer J. in *Nelles*, at p. 193).

Le 20 mars 1991, lorsqu’il autorise l’accusation de meurtre, le substitut avait-il [TRADUCTION] « la croyance de bonne foi en la culpabilité de l’accusé, basée sur la certitude, elle-même fondée sur des motifs raisonnables, de l’existence d’un état de faits qui, en supposant qu’ils soient exacts, porterait raisonnablement tout[e] [personne] normalement avisé[e] et prudent[e], à la place de l’accusateur, à croire que la personne inculpée était probablement coupable du crime en question »? (*Hicks c. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, p. 171, le juge Hawkins, cité par le juge Lamer dans l’arrêt *Nelles*, précité, p. 193).

(i) Appellant’s Argument

148 The appellant submitted, first, that it was impossible to establish beyond a reasonable doubt that he had left his work station, had met the victim on the evening of the murder, owned a firearm, had had a quarrel with the victim a few days before the murder or knew important details about the victim before the police revealed them.

149 The appellant also contended that in its judgment of acquittal in 1992, the Court of Appeal was of the opinion that the Crown attorney’s evidence was based solely on suspicion and supposition, fed by the prior relationship between the appellant and the victim, and the discovery of a polythene bag at the crime scene that was similar to those used by the appellant’s employer.

(ii) Respondent’s Argument

150 The respondent contends that the circumstantial evidence available to the Crown attorney at the time he laid the charges attests to the existence of reasonable and probable grounds for initiating a prosecution. That evidence related to: a motive, as per the conversation between the victim’s father and the appellant; the knowledge of the circumstances of the crime evidenced by the content of the news item written and read on air by the appellant on the evening of the murder, which contained information not available at the time it was written; the guilty conscience on the appellant’s part on the evening of the murder described by the witnesses Tanguay

(i) Prétentions de l’appelant

Dans un premier temps, l’appelant soutient qu’il était impossible d’établir hors de tout doute raisonnable qu’il avait quitté son poste de travail, avait rencontré la victime le soir du meurtre, possédait une arme à feu, avait eu une querelle avec la victime quelques jours avant le meurtre ou connaissait des détails importants sur la victime avant que la police ne les ait révélés.

L’appelant prétend aussi que, dans son jugement d’acquiescement en 1992, la Cour d’appel a été d’avis que la preuve du substitut ne reposait que sur des soupçons et des hypothèses, nourris par une relation antérieure de l’appelant et de la victime, et la découverte sur les lieux du crime d’un sac de polythène semblable à ceux utilisés par l’employeur de l’appelant.

(ii) Prétentions de l’intimé

L’intimé prétend que les éléments de preuve circonstancielle dont disposait le substitut au moment de porter les accusations témoignent de l’existence de motifs raisonnables et probables d’intenter une poursuite. Ces éléments sont : l’existence d’un mobile révélé par la conversation entre le père de la victime et l’appelant, la connaissance des circonstances du crime attestée par le contenu de la nouvelle rédigée et lue en ondes par l’appelant le soir du meurtre, laquelle contenait des informations qui n’étaient pas disponibles au moment de sa rédaction, la présence d’une conscience coupable décelée chez l’appelant par les témoins Tanguay et Laberge

and Laberge; the real opportunity to commit the crime, on account of the appellant's schedule and the proximity to his place of work which gave him the necessary latitude; and the presence of evidence relating to the means used to commit the crime, such as the polythene bag found at the scene of the crime and some knowledge of how to handle a 12 calibre rifle.

(iii) Analysis

The role of the Attorney General is not that of the judge, nor to be objectively satisfied, beyond a reasonable doubt, of the guilt of an accused, or even to ensure, in that respect, that the evidence he or she has will necessarily be sufficient to guarantee a guilty verdict. His or her role is limited to determining whether it is objectively reasonable, and in conformity with the law, to initiate a prosecution. In subjective terms, when the prosecutor exercises his or her discretion and lays a charge against an individual, he or she must believe in good faith in the guilt of the accused, and that certainty must be based on reasonable and probable grounds. While it is up to the prosecutor, where the evidence is circumstantial, to establish beyond a reasonable doubt that all of the facts, when considered in their entirety, lead logically to a conclusion of guilt or of exclusive opportunity, to the exclusion of any other logical solution (*Truscott, supra*, at pp. 383-84, *per* Hall J., and *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at pp. 187-89), that burden of proof is applicable only at the criminal trial.

On the question of the objective analysis of the reasonableness of that belief, it must be determined whether a prudent and cautious person would have believed that the appellant was probably guilty of the crime. In applying that test, however, one must not forget the circumstances of the case, i.e. that the charges were laid on the basis of entirely circumstantial evidence to establish the identity of the author of the crime, given that the police investigation into the murder of France Alain had not led to the discovery of any eyewitness. In that perspective, we need to examine both the content of the information available to the Crown attorney in 1986 and the events that occurred in 1991.

le soir du meurtre; la possibilité réelle de commettre le crime attribuable au fait que l'horaire de l'appelant et la proximité de son lieu de travail lui donnaient la latitude voulue ainsi que la présence d'éléments relatifs aux moyens mis en œuvre pour commettre le crime, tels le sac de polythène trouvé sur les lieux du crime et une certaine connaissance du maniement d'un fusil de calibre 12.

(iii) Analyse

Le rôle du procureur général n'est pas de se substituer au juge et d'être objectivement convaincu, hors de tout doute raisonnable, de la culpabilité d'un accusé ni même de s'assurer, à cet égard, que la preuve qu'il détient suffira nécessairement à garantir un verdict de culpabilité. Son rôle se limite à déterminer s'il est objectivement raisonnable et conforme au droit d'engager une poursuite. Au plan subjectif, lorsque le substitut exerce son pouvoir discrétionnaire et porte une accusation contre un individu, il doit croire de bonne foi en la culpabilité de l'accusé; cette certitude doit être basée sur des motifs raisonnables et probables. S'il appartient au ministère public, en présence d'une preuve circonstancielle, d'établir hors de tout doute raisonnable que tous les faits considérés dans leur ensemble conduisent logiquement à une conclusion de culpabilité ou d'occasion exclusive, à l'exclusion de toute autre solution logique (le juge Hall dans *Truscott*, précité, p. 383-384, et *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 187-189), ce fardeau de preuve n'est applicable que lors du procès criminel.

151

Quant à l'analyse objective du caractère raisonnable de cette croyance, il faut déterminer si une personne prudente et diligente en viendrait à croire, de façon probable, l'appelant coupable du crime. Dans l'application d'un tel critère, on ne doit cependant pas oublier les circonstances propres à l'affaire, soit le fait que les accusations aient été portées sur la base d'une preuve entièrement circonstancielle pour établir l'identité de l'auteur du crime, l'enquête policière concernant le meurtre de France Alain n'ayant permis de découvrir aucun témoin oculaire. Il convient alors d'examiner à la fois le contenu des informations dont le substitut disposait en 1986 et les éléments survenus en 1991.

152

153

In 1986, the Crown attorney reviewed the coroner's report of the inquiry into the circumstances of the death of France Alain. In the course of that inquest, the coroner had summoned a number of witnesses, including the appellant. Although it could not be established with certainty that the appellant had met France Alain on the evening of October 25, 1982, the inquest nonetheless brought to light evidence incriminating the appellant, in particular the following:

- (1) Shortly before the murder, the appellant had been going out with the victim, France Alain.
- (2) They broke up three weeks before the evening of the murder.
- (3) Between the date when they broke up and the date of the murder, the appellant went to a party where France Alain was present. One person who was at the party said that he had witnessed friction between the appellant and France Alain.
- (4) The appellant admitted that between the time when they broke up and the time of the murder, he hung around in the immediate vicinity of the victim's home to see whether lights were on in her apartment.
- (5) The day before the murder, the victim tried to call the appellant. However, the appellant denied that he had returned France Alain's call.
- (6) The evening of the murder, the appellant was working between 4:00 p.m. and midnight at the radio station CHRC, which was located in premises near the place where the crime was committed.
- (7) France Alain was killed between 7:30 and 7:46 p.m. The investigating police officers determined that it took barely 13 minutes for a person to leave station CHRC, go by foot to the scene of the murder and come back, taking the longest route. The time needed to travel the same route by car is obviously shorter. The appellant had to be at the station for the 8:00 p.m. news broadcast; he therefore had sufficient time to make that return trip.
- (8) The appellant admitted that he had left work in the past to run errands.
- (9) When interviewed by the investigating police officers the day after the murder, the appellant was unable to confirm whether he had been away from his place of work the day before.
- (10) A green polythene bag, part of which had been torn away, was discovered near the scene of the crime, the

En 1986, le substitut prend connaissance du rapport du coroner ayant enquêté sur les circonstances de la mort de France Alain. Au cours de cette enquête, le coroner avait assigné de nombreux témoins, dont l'appelant. Bien que ne pouvant établir avec certitude que l'appelant avait rencontré France Alain le soir du 25 octobre 1982, cette enquête révélait néanmoins plusieurs éléments de preuve qui incriminaient l'appelant, notamment :

- (1) Peu de temps avant le meurtre, l'appelant fréquentait la victime France Alain.
- (2) Une rupture est intervenue trois semaines avant le soir du meurtre.
- (3) Entre la date de la rupture et celle du meurtre, l'appelant a participé à une soirée où France Alain était présente. Un participant à cette soirée dira avoir été témoin de frictions entre l'appelant et France Alain.
- (4) L'appelant a admis, qu'entre le moment de la rupture et celui du meurtre, il était venu rôder dans le voisinage immédiat de la résidence de la victime afin de vérifier s'il y avait de la lumière dans son appartement.
- (5) La veille du meurtre, la victime a tenté de joindre l'appelant. L'appelant niera cependant avoir retourné l'appel de France Alain.
- (6) Le soir du meurtre, l'appelant travaillait entre 16 h et 24 h à la station radiophonique CHRC dont les locaux étaient situés à proximité du lieu où le crime a été commis.
- (7) France Alain a été abattue entre 19 h 30 et 19 h 46. Les policiers enquêteurs ont évalué qu'il ne fallait guère plus de 13 minutes à une personne pour quitter la station CHRC, se rendre à pied au lieu du meurtre et en revenir en empruntant le chemin le plus long. Le temps requis pour effectuer le même trajet en voiture est évidemment plus court. L'appelant se devait d'être présent à la station pour la diffusion du bulletin d'information de 20 h; il disposait donc du temps nécessaire pour effectuer cet aller-retour.
- (8) L'appelant a admis s'être déjà absenté de son travail pour faire des courses.
- (9) Rencontré le lendemain du meurtre par les policiers enquêteurs, l'appelant n'a pas été en mesure de confirmer si, la veille, il s'était absenté de son lieu de travail.
- (10) Un sac de polythène, dont une partie avait été déchiquetée, a été découvert à proximité des lieux du

same industrial type of bag in regular use on the CHRC premises. A ballistic examination subsequently showed that the tear was consistent with the tear caused on a specimen bag by firing a 12 calibre rifle.

(11) The appellant had always maintained that he knew nothing about firearms. Nonetheless, he told the investigating police officers that it would have been easy for the murderer to dismantle his rifle in order to conceal it better. The appellant said that he had seen his brother dismantle a 12 calibre rifle in the past. The brother himself denied that he had ever owned a 12 calibre rifle, until he was confronted with the appellant's statement.

(12) At about 9:00 p.m. on the evening of the murder, the appellant contacted the journalist Gilles Laberge to assign him to gather additional information relating to the murder that had just been committed near CHRC. He told Mr. Laberge that he was afraid that the victim was a [TRANSLATION] "girlfriend" who lived in the neighbourhood. Gilles Laberge nonetheless assured the appellant that it was impossible to obtain any information from the Sainte-Foy municipal police from which the identity of the victim could be determined nor to learn anything more about the circumstances of her death.

(13) The appellant stated that he had known about certain details relating to the murder as a result of an anonymous call received at about 9:30 on the evening of the murder. He wrote a news bulletin that he read on air at 10:00 p.m., and again at 11:00 p.m., which caught the attention of the investigating police officers. What was noteworthy about the bulletin was that it gave the exact age of the victim, 21, and the precise location where the victim's body was found, an [TRANSLATION] "embankment", when the only ones in a position to know these details were the police and the witnesses who had made the grim discovery. The victim had in fact not remained for long at the scene of the crime: the number of people who had seen the victim in the position in which she was found was therefore small. According to the coroner's inquest, the bulletin exhibited a degree of prior knowledge of the circumstances of the crime on the part of the appellant, at a time when that kind of information was not available.

(14) Another of the appellant's colleagues, Jean-Pierre Tanguay, was at CHRC on the evening of the murder. His work consisted of operating the console for broadcasting radio programs. He testified that the appellant told him that he had had [TRANSLATION] "some very bad luck", that "his girlfriend" . . . "had got or had just got shot". The witness asked the appellant whether he

crime. Le même genre de sac, de type industriel, était d'usage courant dans les locaux de CHRC. Une expertise balistique révélera ultérieurement que cette déchirure était compatible avec la déchirure provoquée sur un sac témoin par la déflagration d'un fusil de calibre 12.

(11) L'appellant avait toujours soutenu ne rien connaître aux armes à feu. Il avait quand même mentionné aux policiers enquêteurs qu'il aurait été facile, pour le meurtrier, de démonter son fusil pour mieux le dissimuler. L'appellant a affirmé avoir déjà aperçu son frère démonter un fusil de calibre 12. Or ce dernier a, pour sa part, nié avoir jamais possédé une arme de calibre 12 jusqu'à ce qu'il soit confronté à la déclaration de l'appellant.

(12) Le soir du meurtre, vers 21 h, l'appellant contacte le journaliste Gilles Laberge pour charger celui-ci de recueillir de l'information supplémentaire relativement au meurtre qui venait d'être commis près de la station CHRC. Il confie à ce dernier sa crainte que la victime ne soit une « chum de fille » résidant dans le secteur. Gilles Laberge confirmera néanmoins à l'appellant l'impossibilité d'obtenir de la Sûreté municipale de Sainte-Foy quelque indice permettant de révéler l'identité de la victime ou d'en savoir davantage sur les circonstances de son décès.

(13) L'appellant déclara avoir eu connaissance de certains détails relatifs au meurtre à la suite d'un appel anonyme reçu vers 21 h 30 le soir du meurtre. Il rédigea un bulletin de nouvelles qu'il lut en ondes à 22 h, puis à 23 h, lequel avait retenu l'attention des policiers enquêteurs. En effet, ce bulletin avait ceci de particulier qu'il précisait l'âge exact de la victime, soit 21 ans, de même que l'endroit précis où le corps de celle-ci a été trouvé, soit un « talus », alors que seuls les policiers et les témoins ayant fait la macabre découverte de la victime étaient en mesure de connaître ces détails. En effet, la victime n'est pas restée longtemps sur la scène du crime : le nombre de personnes ayant aperçu la victime dans la position où elle a été trouvée était donc restreint. Selon l'enquête du coroner, le bulletin atteste d'une certaine connaissance préalable, chez l'appellant, des circonstances du crime, à un moment où de telles informations n'étaient pas disponibles.

(14) Un autre collègue de l'appellant, monsieur Jean-Pierre Tanguay, est présent à CHRC le soir du meurtre. Son travail consiste à s'occuper de la console pour la diffusion des émissions radiophoniques. Il a témoigné à l'effet que l'appellant lui a dit qu'il lui arrivait « toute une tuile », que « sa chum de fille » [. . .] « s'était fait ou venait de se faire tirer ». Ce témoin a demandé à

had details and whether he knew what had happened. The appellant replied, [TRANSLATION] “it happened in the street and there are no other details”. At this precise time, this was the very first time that Tanguay had heard anything about the murder of France Alain. The appellant read a news bulletin at 10:00 p.m. concerning the murder of a girl whose body had been found in Sainte-Foy. The next day, the murder of France Alain made the headlines of most of the media in Quebec.

(15) At about 11:15 on the evening of the murder, the appellant got a call from André Hébert, to whom he offered a lift back to Montmagny. The appellant took the usual route, chemin Sainte-Foy, although his attention was drawn by the light from the revolving flashers indicating the police presence at the scene of the crime. The appellant told his passenger that he was afraid it was [TRANSLATION] “one of his friends who lives in the neighbourhood”.

(16) In the days following the murder, the appellant tried to obtain details concerning the circumstances of France Alain’s death. He again approached the witness Mr. Laberge in an effort to obtain information about France Alain’s last moments. He specifically wanted to know whether she had suffered, whether she had said something before dying. He even requested a copy of the autopsy report.

(17) On May 30, 1983, seven months after the tragedy, the appellant visited the victim’s father, Fernand Alain, and took part in a conversation that was recorded with the written consent of Mr. Alain, but without the appellant’s knowledge. The appellant had a strange conversation concerning the profile of France Alain’s murderer. Using the third person singular to refer to the murderer, the appellant said on that occasion that “he” had big problems, that “he” wanted to force France Alain to do certain things, that “he” had decided that she would not belong to anyone else, that “he” had acted impulsively and that “he” believed it was an accident so that he could avoid feeling guilty. The appellant added that the murderer was travelling on foot, that “he” had stayed near the scene of the crime and that “he” had had to conceal the firearm in a garbage bag in order to avoid being seen. In the course of that meeting, Fernand Alain gave the appellant a photo of the woman who the appellant had once said could have become his woman for life. The appellant could not recall that meeting until confronted with the tape recording at the coroner’s inquest.

l’appelant s’il avait des détails et s’il savait ce qui était arrivé. L’appelant lui a rétorqué: « ça s’est passé dans la rue et il n’y a pas plus de détails ». À ce moment précis, c’est la toute première fois que Tanguay entend parler du meurtre commis sur la personne de France Alain. Or, il met en ondes, à compter de 22 h, un bulletin de nouvelles concernant le meurtre d’une jeune fille dont le corps a été retrouvé à Sainte-Foy. Dès le lendemain, le meurtre de France Alain défraie la manchette dans la plupart des médias du Québec.

(15) Vers 23 h 15, le soir du meurtre, l’appelant est rejoint par André Hébert, à qui il a offert une occasion de retour à Montmagny. L’appelant emprunte le trajet habituel, soit le chemin Sainte-Foy, bien que son attention soit attirée par la lumière des gyrophares qui indiquent la présence des policiers sur les lieux du crime. L’appelant fait part à son passager de sa crainte que ce ne soit « une de ses amies qui demeure dans le coin ».

(16) Dans les jours qui ont suivi le meurtre, l’appelant cherche à obtenir des détails concernant les circonstances de la mort de France Alain. En effet, il s’adressera à nouveau au témoin Laberge dans le but d’obtenir des informations sur les derniers moments de France Alain. Il veut notamment savoir si celle-ci a souffert, si elle a dit quelque chose avant de mourir. Il requiert même une copie du rapport d’autopsie.

(17) Sept mois après le drame, le 30 mai 1983, l’appelant rend visite au père de la victime, monsieur Fernand Alain, et prend part à une conversation enregistrée avec le consentement écrit de monsieur Alain, mais à l’insu de l’appelant. Ce dernier tient d’étranges propos relativement au profil du meurtrier de France Alain. Empruntant la troisième personne du singulier pour désigner le meurtrier, l’appelant affirme alors qu’« il » avait de gros problèmes, qu’« il » voulait forcer France Alain à faire certaines choses, qu’« il » avait décidé qu’elle n’appartiendrait à personne d’autre, qu’« il » a agi impulsivement et qu’« il » a cru à un accident de façon à se disculper intérieurement. L’appelant ajoute que le meurtrier se déplaçait à pied, qu’« il » demeurerait à proximité du lieu du crime et qu’« il » lui avait fallu dissimuler l’arme du crime dans un sac à poubelle afin d’éviter d’être vu. Au cours de cette rencontre, monsieur Fernand Alain remet à l’appelant une photo de celle dont ce dernier a déjà dit qu’elle aurait pu devenir la femme de sa vie. L’appelant dira ne pas avoir de souvenir de cette rencontre avant d’être confronté à l’enregistrement lors de l’enquête du coroner.

After the preliminary inquiry, other evidence surfaced which confirmed earlier testimony as to the

Après l’enquête préliminaire, d’autres éléments de preuve sont venus confirmer les témoignages

appellant's behaviour on the evening of the crime, among them the following:

(1) The witness Christian Thibault, a freelance journalist who was working for CHRC at the time of the murder, said he was at the radio station a few minutes after the murder took place, and placed the time at about 8:15 p.m. He recounted finding the appellant there in a state of extreme tension bordering on panic. When Thibault questioned him about the source of this anxiety, the appellant answered that a girl had just been [TRANSLATION] "shot" a few blocks from the station and he was trying to get details. Mr. Thibault was so surprised at the appellant's attitude and behaviour that when he got home, he told his companion who confirmed the conversation in 1982. He also discussed this event with a friend who also confirmed that fact.

(2) Another witness, Suzanne Montminy, stated that she had known the appellant since 1979 and added that during 1983 she had travelled from Québec to Montmagny several times in his company. During one of those trips, the appellant told Ms. Montminy that a sixtyish man had been seen near the scene of the crime, shortly after the murder. However, the police investigators were not informed of the existence of such a sixtyish witness before 1991. This information could not have come from police sources.

At this stage, even though the investigation was not complete, as is often the case and as the evidence I have described indicates, there was a set of facts from which it was possible, if they were admissible and believed, to establish the appellant's behaviour toward the victim before the murder. This supplied a motive, and also the opportunity for the appellant to commit the crime, given his proximity to the scene of the crime and the possibility that he could have been away from his place of work at the time of the crime, as was the presence of an object on the scene of the crime that could be connected to the appellant's place of work.

The tape recording of the statement that the appellant gave to the police, which was ruled inadmissible at trial, and the tape recording of the appellant's conversation with the father of the victim, which was ruled admissible at the trial, were admissible at the civil trial, as was acknowledged by LeBel J.A. (p. 428), with whom his two col-

antérieurs quant au comportement de l'appelant le soir du crime, dont ceux-ci :

(1) Le témoin Christian Thibault, journaliste pigiste à l'emploi de CHRC à l'époque du meurtre, affirme s'être présenté à la station radiophonique quelques minutes après la survenance du meurtre, à une heure qu'il situe vers 20 h 15. Il raconte y avoir trouvé l'appelant dans un état de tension extrême frisant la panique. Interrogé par Thibault sur l'origine de cet émoi, l'appelant lui répond qu'une fille vient de se faire « tirer » à quelques rues de la station et qu'il tente d'avoir des détails. Le témoin Thibault est à ce point étonné de l'attitude et du comportement de l'appelant que dès son retour chez lui, il en parle à sa compagne de vie qui confirme avoir eu cet échange en 1982. Il discute également de cet événement avec un ami qui lui aussi confirme le fait.

(2) Un autre témoin, Suzanne Montminy, déclare connaître l'appelant depuis 1979 et ajoute qu'au cours de l'année 1983 elle a voyagé à plusieurs reprises de Québec à Montmagny en compagnie de celui-ci. Au cours de l'un de ces voyages, l'appelant affirme au témoin Montminy qu'un sexagénaire a été aperçu près des lieux du crime, peu de temps après le meurtre. Or, les policiers enquêteurs ne sont pas informés de l'existence d'un tel témoin sexagénaire avant 1991. Cette information ne pouvait pas provenir des milieux policiers.

À ce stade, même si l'enquête n'était pas terminée, comme c'est souvent le cas et comme le démontrent les éléments de preuve dont je viens de faire état, il existait un faisceau de faits susceptibles d'établir, si admissibles et crus, le comportement de l'appelant envers la victime avant le meurtre. Ceci fournissait un mobile, de même que l'opportunité pour l'appelant de commettre le crime, vu la proximité des lieux du crime et l'absence possible des lieux du travail à l'heure du crime, de même que la présence d'un objet sur les lieux du crime qui pouvait être rattaché au lieu de travail de l'appelant.

L'enregistrement de la déposition donnée à la police par l'appelant, déclarée inadmissible au procès, et l'enregistrement de la conversation de l'appelant avec le père de la victime, déclarée admissible au procès, étaient admissibles au procès civil comme l'a reconnu le juge LeBel (à la p. 428) avec lequel ses deux collègues furent d'ac-

155

156

leagues agreed on this point, and, as Beauregard J.A. pointed out (at p. 435), [TRANSLATION] “[w]hile this evidence was inadmissible at the criminal trial, it was entirely relevant in examining the conduct of the prosecutor”.

157 LeBel J.A. placed great weight on these tape recordings in his analysis of the conduct of the Crown attorney. However, the conversation between the victim’s father and the appellant, which he described as [TRANSLATION] “veiled admissions”, was, at the time it was recorded in 1983, admissible in evidence, since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, were not decided until later.

158 In *Duarte*, which is of particular interest here, the Court held that evidence obtained by the police both without the knowledge and against the will of an accused to be inadmissible under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. At the time when the conversation with France Alain’s father was recorded, in 1983, however, there was no reason to believe that recording it was illegal and that evidence of the content of the recording was inadmissible.

159 As well, at the time the prosecution was initiated, the tape recording of that conversation would likely have been ruled admissible at trial, as it in fact was, having regard to the case law at that time, as we shall see later.

160 None of the facts disclosed by the investigation at that time, taken in isolation, was sufficient to establish the guilt of the accused. The question, however, is whether that evidence, when added up and taken in its entirety, could reasonably justify a finding of guilt under the test that applies to circumstantial evidence, which I set out earlier.

161 Clearly there was one essential element missing from this set of facts: the presence of the appellant at or near the scene at the time of the crime. With that evidence, however, the other elements would be

cord sur ce point et, comme le souligne le juge Beauregard (à la p. 435) « [s]i ces éléments de preuve étaient irrecevables pour l’instruction du procès pénal, ils étaient tout à fait pertinents pour examiner la conduite du substitut. »

Le juge LeBel accorde une grande importance à ces enregistrements dans son analyse de la conduite du substitut. Mais la conversation entre le père de la victime et l’appelant, qu’on a qualifiée « d’aveux cachés », était, à l’époque où elle fut enregistrée, en 1983, admissible en preuve, les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, n’ayant été rendus que subséquemment.

Dans *Duarte*, qui nous intéresse particulièrement ici, la Cour a jugé inadmissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* une preuve obtenue par des autorités policières à la fois dans l’ignorance et contre le gré du prévenu. Au moment où cette conversation avec le père de France Alain fut enregistrée, en 1983, on n’avait, toutefois, aucune raison de croire que cet enregistrement était illégal et la preuve de son contenu inadmissible.

De même, à l’époque où la poursuite a été engagée, l’enregistrement de cette conversation était susceptible d’être déclaré admissible au procès, comme il l’a d’ailleurs été, compte tenu de la jurisprudence à l’époque comme on le verra plus loin.

Chacun des faits que révélait l’enquête à cette époque, pris isolément, ne permettait pas de conclure nécessairement à la culpabilité d’un accusé. La question qui se pose consiste, cependant, à établir si ces éléments, ajoutés les uns aux autres et pris dans leur ensemble pouvaient raisonnablement justifier qu’un accusé soit déclaré coupable, selon le critère qui prévaut en matière de preuve circonstancielle, que j’ai reproduit plus haut.

Il est clair qu’il manquait un jalon essentiel dans cet ensemble de faits, soit de situer l’appelant sur ou à proximité des lieux à l’heure du crime. Avec cette preuve, un tout autre éclairage était jeté

viewed in a completely different light. Aware of that missing element, the Crown attorney was of the opinion that he did not have sufficient evidence to justify laying the charge, although in his view, the evidence against the appellant was overwhelming, as he testified at the civil trial: [TRANSLATION] “[T]he evidence at that time . . . was overwhelming against, of course, one witness — we often used the expression ‘the principal witness’, and that is your client, Mr. Proulx — it was overwhelming, but not sufficient, of course, to authorize laying the charge.”

After the coroner’s inquest in 1986, and until the witness Paquet came forward, in 1991, no charge was laid. Mr. Paquet triggered the reopening of France Alain’s case. In his testimony, the Crown attorney indicated that the insufficiency of the evidence available in 1986 was attributable to the difficulty in establishing that the appellant had been away from his place of work on the evening of the murder and that he was present at the scene of the crime at the time it was committed. The Crown attorney testified that, far from laying a charge solely on the basis of that new witness, in 1991 he reconsidered all of the already existing evidence:

[TRANSLATION]

A. Listen, Mr. Corriveau, when the witness Paquet came forward, obviously that shed a whole new light on the France Alain case.

And I won’t conceal the fact that this meant that we opened up the whole case again and so, in a way, we did our homework over again.

We reassessed all of the testimony that had been heard, all of the documents that had been seized, and also all of . . . Mr. Paquet’s testimony, to determine whether we should consider, in a way, whether a charge could, in a way, be authorized.

Q. So, if I am to understand that it was the witness Paquet who . . . who, if we could say, influenced you to lay murder charges against my client?

A. No.

sur les autres faits. Conscient de cette lacune, le substitut a considéré qu’il n’avait pas d’éléments de preuve suffisants pour justifier une dénonciation, bien que, selon lui, les éléments de preuve étaient accablants à l’endroit de l’appelant, comme il l’a affirmé au procès civil : « [L]a preuve à cette époque [. . .] était accablante à l’endroit, bien sûr, d’un témoin — on a employé l’expression souvent : “Le témoin principal” qui est votre client, monsieur Proulx — elle était accablante, mais pas suffisante, bien sûr, pour autoriser une dénonciation. »

Après l’enquête du coroner de 1986, le substitut ne porte aucune accusation et ce, jusqu’à l’apparition du témoin Paquet, en 1991. Cette apparition est l’élément déclencheur permettant de rouvrir le dossier France Alain. Il ressort du témoignage du substitut que l’insuffisance de la preuve disponible en 1986 n’était attribuable qu’à la difficulté d’établir le fait que l’appelant s’était absenté de son lieu de travail le soir du meurtre, qu’il était présent sur les lieux du crime à l’heure où il fut commis. Loin de porter une accusation uniquement sur la base de ce nouveau témoignage, le substitut reconsidère, en 1991, l’ensemble de la preuve déjà existante.

R. Écoutez, maître Corriveau, l’arrivée du témoin Paquet a, évidemment, donné un éclairage tout à fait particulier au dossier France Alain.

Et je ne vous cache pas que, ça, a fait en sorte que nous avons remis tout le dossier en question et nous avons donc, quelque part, refait nos devoirs.

Nous avons réévalué l’ensemble des témoignages qui avaient été entendus, l’ensemble des documents qui avaient été saisis, l’ensemble, enfin, [. . .] du témoignage de monsieur Paquet, pour savoir si on devrait considérer, quelque part, si une plainte pourrait être, quelque part, autorisée.

Q. Alors, si je dois comprendre que c’est le témoin Paquet qui vous a . . . qui vous a, si on peut dire, influencé de porter des accusations de meurtre contre mon client?

R. Non.

Listen, to answer your question, Mr. Paquet was, I'm telling you, the trigger that led to reconsideration of the whole case.

To answer your question, there were no witnesses other than Mr. Paquet who prompted us to do our homework over, that's true. [Emphasis added.]

Écoutez, à votre question, le témoin Paquet a été, je vous dis, l'élément déclencheur pour reconsidérer l'ensemble du dossier.

Pour répondre à votre question, il n'y avait pas d'autres témoins que le témoin Paquet qui a fait en sorte que nous avons refait nos devoirs, c'est vrai. [Je souligne.]

163 Up to that point, the Crown attorney's conduct is not open to criticism. He was aware of his role, his responsibilities and the law, and he closed the file. In 1991, Mr. Paquet came forward spontaneously neither solicited nor earlier interviewed by the investigators or the Crown attorney. He would say that when the photograph of the appellant was published in a local newspaper, reporting on the action in damages brought by the appellant after he was acquitted by the Court of Appeal, he was struck by the eyes of an individual whom he described as a [TRANSLATION] "bearded man" whom he said he had met on the evening of the murder. He claimed to have spoken briefly with that person after his attention was drawn by a detonation while walking along chemin Sainte-Foy near the scene of the crime and at the time of day when it was committed, facts that he had earlier reported to police officers but on which there had been no follow-up.

164 As noted earlier, Mr. Paquet contacted the radio station CHRC in 1991 and asked that his report be followed up, which Tardif, the investigator, did. After interviewing Paquet and recording his statement, the investigator took him to the scene of the crime and organized an identification session, at which he showed him a photograph and told him that it was that of the appellant. Looking solely at the eyes, Paquet said that these were the eyes of his "bearded man". When he examined the entire photograph, he corrected himself and said that it was not him. Tardif then informed the Sainte-Foy police about his contact with Mr. Paquet.

165 The Crown attorney was informed by his superiors that he would have to interview Paquet. He said that he took [TRANSLATION] "that event and that witness with a twenty-five-foot pole because, obviously, I had a lot of reservations".

Jusque-là, la conduite du substitut ne peut faire l'objet d'aucun reproche. Conscient de son rôle, de ses responsabilités et de la loi, il clôt le dossier. En 1991, M. Paquet se présente de lui-même spontanément, non sollicité, ni rencontré par les enquêteurs ou le substitut auparavant. Il dira qu'à l'occasion de la diffusion de la photo de l'appellant dans un journal local faisant état de l'action en dommages intentée par celui-ci à la suite de son acquittement par la Cour d'appel, il est frappé par les yeux d'un individu, qu'il qualifiera de « barbu » qu'il dit avoir rencontré le soir du meurtre. Il se serait brièvement entretenu avec cette personne après que son attention eut été attirée par une détonation alors qu'il se promenait sur le chemin Sainte-Foy à proximité des lieux du crime et à l'heure où il fut commis, faits dont il avait déjà fait mention aux policiers antérieurement mais auxquels il n'y avait pas eu de suite.

Tel que déjà mentionné, c'est en 1991 que M. Paquet communique avec la station de radio CHRC et leur demande de donner suite à sa démarche, ce que fait l'enquêteur Tardif. Ce dernier après avoir rencontré le témoin Paquet et avoir enregistré sa déclaration, lui fait visiter les lieux du crime et organise une séance d'identification au cours de laquelle l'enquêteur lui présente une photo en lui précisant qu'elle est celle de l'appellant. Fixant uniquement les yeux, Paquet affirme que ce sont les yeux de son « barbu ». Examinant la photo au complet, il se reprend et dira que ce n'est pas celui-ci. L'enquêteur Tardif informe alors la police de Sainte-Foy de ses contacts avec M. Paquet.

Le substitut est informé par ses supérieurs qu'il devra rencontrer le témoin Paquet. Il dira qu'il a pris : « une perche de vingt-cinq (25) pieds, avec cet événement-là et avec ce témoin-là, parce que j'avais, évidemment, beaucoup de réserve ».

On March 11, 1991, Paquet, Tardif, the police investigator and the Crown attorney met at the prosecutor's office, where another informal identification session was held. At that meeting, Paquet was shown eight photographs of the appellant taken during a union demonstration on May 18, 1983. Mr. Paquet spontaneously identified one of the photographs and said that he recognized his "bearded man" on it.

The Crown attorney did not readily accept Mr. Paquet's version. To satisfy himself as to this witness's credibility and good faith, he ordered an investigation of Mr. Paquet himself, his family and friends, and so on. Three of the people questioned said that Mr. Paquet had indeed informed them of his encounter with a "bearded man" during the hours following the murder, and this was the basis of the belief that Paquet would be able to identify the appellant as the person whom he had met on the evening of the murder in the circumstances already described.

Armed with this missing piece of evidence from the 1986 investigation, the Crown attorney reevaluated the whole of the evidence and particularly the transcripts of the police interviews, the coroner's inquest report and Mr. Paquet's statement that he could identify the appellant. He was of the opinion that this evidence provided mutual corroboration and pointed inexorably to the appellant's guilt, and was likely to result in the conviction of the appellant. On March 20, 1991, after discussing it with his colleagues and superiors, he authorized the laying of a first degree murder charge against the appellant, relying on the circumstantial evidence revealed during the investigation and his conclusion that it constituted reasonable and probable grounds for laying the charge.

Having regard to the objective and subjective criteria for establishing reasonable and probable grounds which I described earlier, can it be said that, in the circumstances of the case, the evidence then in the Crown attorney's possession constituted reasonable and probable grounds for laying the charge in question?

Le 11 mars 1991, Paquet, Tardif, l'enquêteur de la police et le substitut se rencontrent au bureau de ce dernier où une autre séance d'identification informelle a lieu. Au cours de cette rencontre, on présente au témoin Paquet huit photos de l'appellant prises à l'occasion d'une manifestation syndicale, le 18 mai 1983. M. Paquet identifie spontanément l'une des photos en affirmant y reconnaître son « barbu ».

Le substitut n'accepte pas d'emblée de croire M. Paquet. Afin de s'assurer de la crédibilité et de la bonne foi de ce témoin, il ordonne une enquête sur M. Paquet lui-même, sur son entourage, ses amis, etc. Trois des personnes interrogées affirment qu'effectivement M. Paquet les a informées de sa rencontre avec un « barbu » dans les heures qui ont suivi le meurtre, d'où la croyance que le témoin Paquet pourra identifier l'appellant comme étant celui qu'il a rencontré le soir du meurtre dans les circonstances que l'on sait.

Fort de cette pièce manquante à l'enquête de 1986, le substitut réévalue l'ensemble des éléments de preuve déjà au dossier, notamment les transcriptions des interrogatoires de police, le rapport d'enquête du coroner et l'affirmation du témoin Paquet qu'il peut identifier l'appellant. Il est d'avis que ces éléments se corroborent mutuellement et pointent inéluctablement vers la culpabilité de l'appellant et sont susceptibles de mener à sa condamnation. Après discussion avec ses collègues et supérieurs, le 20 mars 1991 il autorise le dépôt d'une accusation de meurtre au premier degré contre l'appellant, s'appuyant sur les éléments de preuve circonstancielle qu'avait révélée l'enquête et sur sa conclusion qu'ils constituaient des motifs raisonnables et probables de porter l'accusation.

À la lumière des critères objectifs et subjectifs qui doivent servir à évaluer l'existence de motifs raisonnables et probables, dont j'ai fait état précédemment, peut-on dire que, dans les circonstances de l'affaire, les éléments de preuve que possédait alors le substitut constituaient des motifs raisonnables et probables pour déposer l'accusation en question?

166

167

168

169

170 With respect to the subjective element, from the record, it is apparent, in my opinion, that the Crown attorney had a sincere belief in the appellant's guilt. His decision was not taken lightly; the investigation was reopened, not by the Crown attorney of his own initiative, but only after Mr. Paquet spontaneously came forward. He appeared somewhat reluctant to reopen the case even after Mr. Paquet's discovery. There is nothing in the evidence that would lead me to believe that the Crown attorney had reason to believe that the appellant was innocent; quite the contrary: in his view, the evidence was overwhelming.

171 The objective element must be assessed from the time of the investigation and the state of the law at that time. At the outset, I do not share the opinion of the trial judge nor of LeBel J.A. that the case was based solely on suppositions and suspicion. First, where there is solely circumstantial evidence, the suppositions that are constructed are based on facts that are believed to be verifiable. Thus circumstantial evidence does not require an unassailable identification. As well, the facts that were uncovered by the investigation shed light on motive; knowledge of the circumstances of the crime; the accused's use of his time at the time of day when the crime was committed, that is, real opportunity to commit the crime; his knowledge of the use of a firearm; the fact that the weapon was carried in a polythene bag, *i.e.* means to commit the crime; his behaviour before and after the murder, that is, presence of a guilty conscience; the contradictions when he was questioned; the conversation with the victim's father; and so on — all factors which, taken together, could, if believed, constitute the basis of a circumstantial evidence case. (See on this point *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37 (Ont. C.A.); *R. v. Riddick* (1980), 57 C.C.C. (2d) 421 (Ont. C.A.)) I, therefore, reject this aspect of the analysis of LeBel J.A., who, in my view, has declined to give full weight at the outset to this set of facts.

172 On this point, the two pieces of evidence that raised questions dealt with the tape recording of the appellant's conversation with the victim's father

Quant à l'élément subjectif, la lecture du dossier révèle, à mon avis, une croyance sincère de la part du substitut en la culpabilité de l'appelant. Sa décision n'a pas été prise à la légère; l'enquête a été reprise, non pas par le substitut de son propre chef, mais uniquement après l'apparition spontanée du témoin Paquet. C'est même avec une certaine hésitation qu'il a repris le dossier après l'apparition du témoin Paquet. Rien dans la preuve ne permet d'affirmer que le substitut avait raison de croire en l'innocence de l'appelant; bien au contraire, car, selon lui, la preuve était accablante.

En ce qui concerne l'élément objectif, il faut se reporter à l'époque où l'enquête s'est déroulée et à l'état du droit à ce moment-là. Je dis immédiatement que je ne partage pas l'avis du juge de première instance ni celui du juge LeBel à l'effet que le dossier était uniquement fondé sur des hypothèses et des soupçons. D'une part, devant une preuve uniquement circonstancielle, les hypothèses qu'on échaude sont basées sur des faits qu'on croit vérifiables. Ainsi, une preuve circonstancielle n'exige pas une identification qui soit inattaquable. Par ailleurs, les faits révélés par l'enquête jetaient un éclairage sur le mobile, la connaissance des circonstances du crime, l'emploi du temps de l'accusé à l'heure du crime, *i.e.* la possibilité réelle de commettre le crime, sa connaissance de l'usage d'une arme à feu, le transport de l'arme dans un sac de polythène, *i.e.* des moyens de commettre le crime, son comportement avant et après le meurtre, *i.e.* la présence d'une conscience coupable, les contradictions lors de ses interrogatoires, la conversation avec le père de la victime, et ainsi de suite, tous des facteurs qui, pris dans leur ensemble, étaient susceptibles de constituer, si crus, la base d'une preuve circonstancielle. (Voir à cet égard *R. c. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37 (C.A. Ont.); *R. c. Riddick* (1980), 57 C.C.C. (2d) 421 (C.A. Ont.)) Je rejette donc cet aspect de l'analyse du juge LeBel qui me semble refuser d'accorder d'emblée toute valeur à cet ensemble de faits.

À cet égard, les deux éléments de preuve qui ont suscité des interrogations ont trait à l'enregistrement de la conversation de l'appelant avec le père

and the identification of the appellant by Mr. Paquet.

1. *The Tape Recording*

With respect to the tape recording of the conversation in question, I discussed earlier the state of the law at the time when that conversation was recorded; the tape recording was admissible at that time. According to the judgment of the Court of Appeal in the criminal case, that recording should have been ruled inadmissible at the trial under s. 24(2) of the *Charter*, pursuant to *Duarte, supra*.

Evidence obtained in violation of a provision of the *Charter* is not automatically excluded in our law. Exclusion is an exceptional measure, as Zuber J.A. of the Ontario Court of Appeal wrote in *R. v. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289 (at p. 306):

Granted that the Charter has changed the law but it has not, overnight, transformed the healthy repute of the administration of justice into a fragile flower ready to wilt because of the admission of evidence obtained as a result of a violation of the Charter rights of an accused. The regard of the Canadian public for the administration of justice prior to the Charter, despite the fact that evidence illegally obtained was admitted as a matter of course, was, in my view, very high. The repute of the administration of justice has not now suddenly become highly vulnerable.

On the question of exclusion of evidence, *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, were the leading decisions at that time in relation to the application of s. 24(2) of the *Charter* and its review by an appellate court. According to Lamer J., for the majority, at p. 283 of *Collins*: “In determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, the judge is directed by s. 24(2) to consider ‘all the circumstances’. The factors which are to be considered and balanced have been listed by many courts in the country”. Lamer J. cited a number of those factors, which he then divided into three main categories, including the nature of the evidence and the nature of the right violated, and added: “Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone” (p. 284). The good

de la victime et à l’identification de l’appelant par le témoin Paquet.

1. *L’enregistrement*

En ce qui concerne l’enregistrement de la conversation en question, j’ai déjà discuté de l’état du droit à l’époque où cette conversation a été enregistrée; cet enregistrement était admissible à l’époque. Selon le jugement de la Cour d’appel dans le procès criminel, cet enregistrement aurait dû être déclaré inadmissible lors du procès en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, suite à l’arrêt *Duarte*, précité.

L’exclusion d’une preuve obtenue en violation d’une disposition de la *Charte* n’est pas automatique dans notre droit. Cette mesure en est une de nature exceptionnelle, comme l’a écrit le juge Zuber de la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, p. 306 :

[TRADUCTION] Si la *Charte* a modifié le droit, elle n’a pas transformé, du jour au lendemain, la bonne réputation dont jouit l’administration de la justice en fleur fragile qui menace de se flétrir si le tribunal admet une preuve obtenue grâce à une atteinte aux droits que la *Charte* garantit à un accusé. Le public canadien avait, selon moi, une très haute opinion de l’administration de la justice avant l’avènement de la *Charte*, même si des éléments obtenus illégalement étaient couramment reçus en preuve. La réputation de l’administration de la justice n’est pas devenue soudainement très vulnérable.

En matière d’exclusion de la preuve, les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, étaient les arrêts clés à l’époque en ce qui a trait à l’application du par. 24(2) de la *Charte* et à sa révision par une Cour d’appel. Selon le juge Lamer, pour la majorité à la p. 283 de l’arrêt *Collins* : « Le paragraphe 24(2) enjoint au juge qui détermine si l’utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, de tenir compte de “toutes les circonstances”. De nombreux tribunaux canadiens ont énuméré les facteurs à prendre en considération et à évaluer ». Le juge Lamer cite nombre de ces facteurs qu’il regroupe ensuite en trois catégories principales, dont la nature de la preuve, la nature du droit violé et il ajoute : « Une preuve matérielle obtenue d’une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d’injustice » (p. 284). La bonne foi

173

174

175

faith of the police and the seriousness of the violation were important considerations, at the time, in assessing “all the circumstances”, as Lamer J. in fact pointed out (at p. 285) in that decision, when he referred to *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, in which Le Dain J. wrote at p. 652:

The relative seriousness of the constitutional violation has been assessed in the light of whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant.

See also *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Sobotiak* (1994), 155 A.R. 16 (C.A.); and particularly, with respect to the Quebec case law at the time, *Comeau v. La Reine*, [1992] R.J.Q. 339 (C.A.); *Amadzadegan-Shamirzadi v. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839 (C.A.).

176

The exclusion of evidence that is otherwise admissible, under s. 24(2) of the *Charter*, is a matter within the discretion of the trial judge. According to the case law at the time (*Duguay* (S.C.C.), *supra*), and since reiterated by this Court (*R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341), an appellate court should only intervene if the judge has made “some apparent error as to the applicable principles or rules of law” “or has made an unreasonable finding”.

177

Stating the unanimous opinion of the Court on this point in *Belnavis*, *supra*, Iacobucci J., dissenting in part, wrote (at paras. 74-75):

This Court has emphasized on numerous occasions the importance of deferring to the s. 24(2) *Charter* findings of lower court judges, who hear evidence directly and are thus better placed to weigh the credibility of witnesses and gauge the effect of their testimony: see e.g., *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 783; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 625; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 539; *R. v. Goncalves*, [1993] 2 S.C.R. 3, at p. 3; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. In *Greffe*, Lamer J. (as he then was) stated as follows at p. 783:

des policiers et le sérieux de la violation étaient à l'époque des considérations importantes dans l'évaluation de « toutes les circonstances » comme le souligne d'ailleurs dans ce même arrêt le juge Lamer, à la p. 285, alors qu'il fait référence à l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, où le juge Le Dain écrivait à la p. 652 :

La gravité relative d'une violation de la Constitution a été évaluée en fonction de la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délictueuse, volontaire ou flagrante.

Voir aussi : *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Sobotiak* (1994), 155 A.R. 16 (C.A.); et particulièrement en ce qui concerne la jurisprudence au Québec à l'époque : *Comeau c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 339 (C.A.); *Amadzadegan-Shamirzadi c. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839 (C.A.).

L'exclusion d'un élément de preuve, par ailleurs admissible, en vertu du par. 24(2) de la *Charte* relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Selon la jurisprudence de l'époque (*Duguay* (C.S.C.), précité) réitérée depuis par notre Cour (*R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341), une cour d'appel ne devrait intervenir que si le juge a commis « une erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables » « ou s'il a tiré une conclusion déraisonnable ».

Exprimant l'opinion unanime de la Cour sur ce point dans l'arrêt *Belnavis*, précité, le juge Iacobucci, dissident en partie, écrit (aux par. 74-75) :

Notre Cour a souligné, à maintes reprises, l'importance de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions tirées en vertu du par. 24(2) de la *Charte* par les juges des tribunaux d'instance inférieure, qui entendent directement la preuve et sont ainsi mieux placés pour évaluer la crédibilité des témoins et l'effet de leur témoignage: voir, par exemple, *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, à la p. 783; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, à la p. 625; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, à la p. 539; *R. c. Goncalves*, [1993] 2 R.C.S. 3, à la p. 3; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Dans l'arrêt *Greffe*, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme ceci, à la p. 783 :

I note that it is not the proper function of this Court, absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent a finding that is unreasonable, to review findings of courts below in respect of s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion for that arrived at by the Court of Appeal. . . .

I agree with this statement, and I note that while it speaks of deference to the findings of Courts of Appeal, the same principles apply, a fortiori, to the findings of trial judges: *Goncalves, supra*; *Stillman, supra*, at para. 68. As Cory J. states in his reasons, appellate courts in general should not intervene with respect to a lower court's s. 24(2) analysis absent an error of law or unreasonable finding. [Emphasis added.]

Cory J., writing for the majority in *Belnavis*, *supra*, stated (at para. 35):

The majority in *Stillman*, at para. 68, also reiterated the traditional position regarding appellate review of a trial judge's findings regarding s. 24(2):

. . . appellate courts should only intervene with respect to a lower court's s. 24(2) analysis when that court has made "some apparent error as to the applicable principles or rules of law" or has made an unreasonable finding. . . . [Emphasis added.]

It must be noted that *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, and *Stillman, supra*, were decided after the appellant's criminal trial was held and are not proper guidelines for determining whether, at the time the criminal charge was laid, the Crown attorney had reason to believe that the conversation between the victim's father and the appellant was admissible.

In the appellant's criminal trial, however, the Court of Appeal reversed the trial judge's decision based solely on the test laid down in *Duarte, supra*, without having regard to the judicial deference in this matter affirmed by this Court in *Duguay* in 1989: [1992] R.J.Q. 2047, 76 C.C.C. (3d) 316. At the same time, however, the Court of Appeal acknowledged that when the trial judge made that decision, there were particular circumstances that

Je souligne qu'en l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à notre Cour de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion à celle de la Cour d'appel . . .

Je suis d'accord avec cette affirmation et je souligne que, bien qu'il y soit question de retenue à l'égard des conclusions de cours d'appel, les mêmes principes s'appliquent, à plus forte raison, aux conclusions de juges du procès : *Goncalves*, précité; *Stillman*, précité, au par. 68. Comme le juge Cory l'affirme dans ses motifs, les cours d'appel ne devraient pas, en général, intervenir relativement à l'analyse effectuée par un tribunal d'instance inférieure en vertu du par. 24(2), en l'absence d'une erreur de droit ou d'une conclusion déraisonnable. [Je souligne.]

Quant au juge Cory, écrivant l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Belnavis*, il affirme (au par. 35) :

Les juges majoritaires, au par. 68 de l'arrêt *Stillman*, ont aussi réitéré le point de vue traditionnel concernant l'examen en appel des conclusions d'un juge du procès relativement au par. 24(2):

. . . les cours d'appel ne devraient intervenir, relativement à l'analyse qu'un tribunal d'instance inférieure a effectuée en vertu du par. 24(2), que si ce tribunal a commis une « erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables » ou s'il a tiré une conclusion déraisonnable . . .

Les arrêts *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, et *Stillman*, précité, sont postérieurs à la tenue du procès criminel de l'appellant et ne sauraient servir de guide pour déterminer si, lors du dépôt de l'accusation criminelle, le substitut avait raison de croire que la preuve de la conversation entre le père de la victime et l'appellant était admissible.

Or la Cour d'appel, dans le procès criminel de l'appellant, a renversé la décision du juge du procès en se basant uniquement sur les critères établis dans l'arrêt *Duarte*, précité, sans tenir compte de la retenue judiciaire en la matière affirmée par notre Cour dans l'affaire *Duguay* en 1989 : [1992] R.J.Q. 2047. Par ailleurs, la Cour d'appel reconnaît qu'au moment où le juge du procès a rendu cette décision, il existait des circonstances particulières qui

178

179

180

justified the conclusion he had reached (at p. 327 C.C.C.):

[TRANSLATION] It should be recognized that at the stage of the trial at which the *voir dire* was held, the judge did not have before him all the pieces of the “puzzle”, to use the expression employed by counsel in the present case. These conversations between the appellant and Alain did not appear, at first glance, to be as incriminating as the prosecution subsequently showed them to be during the cross-examination of the appellant as well as in its address to the jury.

181 In this particular context, we cannot require more of the Crown attorney, at the time he laid the charge, than was required of the trial judge at the time his decision was made. It is one thing for the Court of Appeal to intervene in the context of an appeal from a murder conviction, it is quite another to judge the conduct of the Crown attorney at the time the charge was laid, in the context of an action for damages for malicious prosecution.

182 Moreover, there is nothing in the evidence from which it can be said that the police acted in bad faith in this case by suggesting that the conversation be recorded, any more than recording a similar conversation with a police informer would have been at the time (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151). Here, the additional fact that the tape recording was legal at the time it was made was an important consideration in evaluating its admissibility under s. 24(2). As the trial judge concluded, [TRANSLATION] “this course of action in [1983], given that the police were acting in good faith, in other words that it was permitted by the law . . . does not bring the administration of justice into disrepute”.

183 The Crown attorney should certainly have known what the law was when he authorized the laying of the charge. Even relying on *Duarte*, however, it was far from clear at the time that the evidence was inadmissible. The Crown attorney was legitimately entitled to believe that, having regard to all the circumstances of that recorded conversation, it could have been admitted in evidence, as it in fact was at the criminal trial. As the Court of Appeal pointed out with respect to the criminal trial, the trial judge was aware of the decision

le justifiaient d’en arriver à cette conclusion (à la p. 2053) :

Il faut reconnaître que, à cette étape du procès où le voir-dire s’est tenu, le juge n’avait pas alors devant lui tout le « casse-tête », pour employer ici une expression des plaideurs dans ce dossier. Ces conversations de l’appelant avec M. Alain ne présentent pas, à première vue, le caractère incriminant que la poursuite en a subséquentement dégagé tout au cours du contre-interrogatoire de l’appelant ainsi que dans son réquisitoire au jury.

On ne saurait, dans ce contexte particulier, exiger du substitut à l’époque où il a déposé la dénonciation plus qu’on en a exigé du juge du procès à l’époque où cette décision a été rendue. Si la Cour d’appel est intervenue à cet égard dans le contexte d’un appel d’une condamnation de meurtre, il en est autrement lorsqu’il s’agit de juger de la conduite du substitut à l’époque de la dénonciation dans le contexte d’une action en dommages-intérêts pour poursuites abusives.

Par ailleurs, rien dans la preuve ne permet d’affirmer que les policiers étaient ici de mauvaise foi en suggérant l’enregistrement de cette conversation, pas plus que ne l’aurait été, à l’époque, l’enregistrement d’une conversation similaire avec un informateur de police (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151). Ici, le fait additionnel de la légalité de l’enregistrement à l’époque où il a été fait était une considération importante dans l’évaluation de son admissibilité aux termes du par. 24(2). Comme l’a conclu le premier juge, « cette façon d’agir [en 1983], étant donné que les policiers étaient de bonne foi, en d’autres mots que c’était permis par la loi, [. . .] ne déconsidère pas la justice ».

Certes, le substitut devait connaître l’état du droit lorsqu’il a autorisé le dépôt de l’acte d’accusation. Or, même en se basant sur l’arrêt *Duarte*, l’inadmissibilité de cette preuve n’était pas acquise à l’époque. Le substitut était légitimement en droit de croire que, vu toutes les circonstances de cet enregistrement, il pourrait être reçu en preuve comme il l’a d’ailleurs été lors du procès criminel. Comme le souligne la Cour d’appel lors du procès criminel, le juge du procès était au courant de l’arrêt *Duarte*. Exerçant sa discrétion, il a

in *Duarte*. Exercising his discretion, he weighed the relevant factors in order to decide whether the admission of the evidence obtained in violation of a *Charter* right was likely to bring the administration of justice into disrepute, including the fact that: the recording had been made legally in 1983, with the written consent of one of the parties to the conversation; the conversation was entirely free and voluntary on the part of the appellant and there was no compulsion; it was not a statement made to a person in authority; the appellant had not been arrested or charged; and the police were acting in good faith. In those circumstances, even though the evidence was ultimately ruled inadmissible by the Court of Appeal in August 1992, could not the Crown attorney have had reason to believe, at that time, that the evidence would be ruled admissible, as it in fact was, by the trial judge? As the Court of Appeal pointed out in its judgment in the criminal case (at pp. 323-24 C.C.C.):

[TRANSLATION] The trial judge's understanding of the decision in *R. v. Duarte* . . . , led him to conclude that even if these recorded conversations were obtained in violation of s. 8 of the Charter (which is admitted by the respondent), this evidence must be admitted because the police officers "acted in good faith". The good faith of the police officers, according to the judge, can be inferred from the fact that at the time when they intercepted the conversations, that is in 1983, "it was allowed by the law".

Having regard to the context in which the trial judge admitted this evidence, and the state of the law at that time, I conclude that the Crown attorney was entitled to believe that the tape recording of the conversation between Mr. Alain and the appellant would be ruled admissible at trial.

I note in passing that in the appeal relating to the criminal trial, the Court of Appeal acknowledged that the conversation between the appellant and Mr. Alain had an [TRANSLATION] "incriminating" character (p. 327 C.C.C.).

2. *The Identification*

The second piece of evidence that the trial judge and LeBel J.A. found could not support

soupesé les éléments lui permettant de décider si l'admission d'une preuve obtenue en violation d'un droit protégé par la *Charte* était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, entre autres que : l'enregistrement avait été fait légalement, en 1983, avec le consentement écrit de l'un des participants à la conversation; la conversation était tout à fait libre et volontaire de la part de l'appelant, sans aucune contrainte; il ne s'agissait pas d'une déclaration faite à une personne en situation d'autorité, l'appelant n'ayant été ni arrêté ni inculpé; les policiers étaient de bonne foi. Dans ces circonstances, même si cette preuve a éventuellement été déclarée inadmissible par la Cour d'appel en août 1992, le substitut ne pouvait-il pas escompter, à l'époque, que cette preuve serait déclarée admissible, comme elle l'a d'ailleurs été, par le juge du procès? Comme l'a souligné la Cour d'appel dans son jugement lors du procès criminel (à la p. 2051) :

Pour le premier juge, sa compréhension de l'arrêt *Duarte* le porte à conclure que, même si ces conversations enregistrées ont été obtenues en violation de l'article 8 de la charte (ce qui est admis par l'intimée), cette preuve doit être admise car les policiers « étaient de bonne foi ». Cette bonne foi des policiers, selon le juge, s'infère du fait qu'au moment où ils ont procédé à l'interception des conversations, soit en 1983, « c'était permis par la loi ».

Tenant compte du contexte dans lequel le juge du procès a admis cette preuve et de l'état de la jurisprudence à l'époque, je conclus que le substitut était en droit de croire que l'enregistrement de la conversation entre M. Alain et l'appelant serait déclarée admissible au procès.

Je note en passant que la Cour d'appel, lors de l'appel relatif au procès criminel, a reconnu que la conversation entre l'appelant et M. Alain avait un « caractère incriminant » (p. 2053).

2. *L'identification*

Le deuxième élément de preuve qui, selon le juge de première instance et le juge LeBel, ne

184

185

186

a belief in reasonable and probable grounds to charge the appellant concerns the identification of the appellant by Mr. Paquet. On this point, the Crown attorney is criticized for improper identification, insufficient identification [TRANSLATION] “by the eyes” and failure to produce identification evidence at trial. It is important to note, however, that the indictment was filed on the basis of circumstantial evidence and was not based on the identification of the appellant by Mr. Paquet, since the identification was only one of the elements of that circumstantial evidence.

187

To begin with, the identification must be placed in its proper context at the time when Mr. Paquet came forward. Mr. Paquet is a witness unrelated to anyone, a total stranger to the criminal trial and in fact unknown at that time, both to the coroner and to the Crown attorney. He spontaneously recognized the appellant from a photograph published in a newspaper, and it was his eyes that struck him. He testified to that effect at the trial. In the photograph published in the newspaper, the appellant had a beard; he had a beard in 1982, at the time of the murder, as the evidence at the criminal trial established. The individual whom Mr. Paquet said he had encountered and with whom he said he conversed briefly near the scene at the time of day when the crime was committed had a beard. The account of that encounter was corroborated by three witnesses to whom Mr. Paquet had spoken about it in the hours following it. Neither the credibility nor the good faith of this witness was impugned at any time or in any way, despite his having been rigorously cross-examined. A little over nine years after that encounter, when the criminal trial was underway, the appellant no longer had a beard and his physical appearance was no longer the same, as may be seen from photographs taken at that time.

188

The description that Mr. Paquet gave to the Sainte-Foy municipal police investigator, Matte, also provided a number of additional facts regarding the height of the person he had seen (similar to the appellant's), his age (35-40), his beard, his somewhat long, curly hair, his round glasses, his checked sports clothes and his backpack. That description was on all fours with the description of the appellant

pouvait fonder une croyance en l'existence de motifs raisonnables et probables pour inculper l'appelant concerne l'identification de l'appelant par le témoin Paquet. À cet égard, on reproche au substitut l'identification irrégulière, l'identification insuffisante « par les yeux » et le défaut d'identification lors du procès. Or, il est important de rappeler que l'acte d'accusation a été déposé sur la foi d'éléments de preuve circonstancielle et ne repose pas sur l'identification de l'appelant par le témoin Paquet, cette identification n'étant qu'un des éléments de cette preuve circonstancielle.

Dès le départ, il y a lieu de replacer cette identification dans son contexte au moment où a surgi le témoin Paquet. Celui-ci est un témoin idoine, totalement étranger au procès criminel et d'ailleurs inconnu à l'époque, tant du coroner que du substitut. Il reconnaît spontanément l'appelant sur une photo publiée dans un journal et ce sont ses yeux qui le frappent. Il rendra témoignage en ce sens au procès. Sur cette photo publiée dans le journal, l'appelant portait une barbe; il en portait une en 1982, à l'époque du meurtre, comme l'a démontrée la preuve lors du procès criminel. L'individu que le témoin Paquet dit avoir rencontré et avec lequel il dit avoir conversé brièvement à proximité des lieux à l'heure du crime portait une barbe. Le récit de cette rencontre est corroboré par trois témoins à qui M. Paquet en a parlé dans les heures qui l'ont suivie. Ni la crédibilité ni la bonne foi de ce témoin n'ont été mises en doute à quelque moment que ce soit ni d'aucune façon malgré un contre-interrogatoire serré. Un peu plus de neuf ans après cette rencontre, alors que se déroule le procès criminel, l'appelant ne porte plus la barbe et sa physionomie n'est plus la même, tel qu'il appert des photos prises à cette époque.

La description que donne M. Paquet à l'enquêteur Matte de la Sûreté municipale de Sainte-Foy fournit également un certain nombre d'indications supplémentaires sur la taille de la personne qu'il a vue (similaire à celle de l'appelant), son âge (35-40 ans), sa barbe, ses cheveux plutôt longs et frisés, ses lunettes rondes, ses vêtements de sport à carreaux, son sac à dos. Cette description correspond en tous points à celle

in 1982, as confirmed by family and friends of the appellant.

Mr. Paquet added that in his brief conversation with the individual he encountered on the evening of the murder, that person told him [TRANSLATION] “[not to go and] see it”, that “it’s not a nice thing to see”. In addition, he pointed out that when asked to identify him, he clearly recognized his bearded man, without hesitation, and that when encountered in the evening of the murder in 1982, the bearded man suddenly disappeared.

On the one hand, should the Crown attorney ignore this evidence? A prosecutor who would ignore it would have been remiss in the duties of his office, and would not have been acting in the public interest, which requires that persons who are guilty of a crime be brought before the justice system to answer for their crimes. The Crown attorney rightly took it into consideration. However, he did not content himself with the witness’s account. He first wanted to ensure that the witness could actually identify the appellant. It was solely in that context that he showed him photographs of the appellant at around the time of the murder, one of which was selected by Mr. Paquet, and not for formal identification purposes at trial, as suggested by my colleagues in their reasons. There is nothing particularly surprising about the fact that the Crown attorney insisted on ascertaining that the witness could identify the appellant, especially given that the identification centered on the individual’s eyes (although it also related to the other indicia described earlier).

At that time there was no reason to hold an identification parade: no one had been arrested or charged. This is an important detail. In *R. v. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145, Hewart L.C.J. made a distinction between the identification process before arrest and the formal identification process once the suspect has been arrested. On that point, he said (at pp. 147-48):

It is quite true, as counsel has urged on behalf of the Crown, that the police, in showing those photographs to the persons who afterwards became witnesses, were not

de l’appelant en 1982, ce que confirment des personnes de l’entourage de l’appelant.

Monsieur Paquet ajoute que, lors de sa brève conversation avec l’individu rencontré le soir du meurtre, celui-ci lui aurait dit de « [ne pas aller] voir ça », que « ce n’est pas beau à voir ». De plus, il souligne que lors de l’identification il a clairement reconnu, et ce sans hésitation, son barbu et que lors de sa rencontre avec le barbu le soir du meurtre en 1982, ce dernier a subitement disparu.

D’une part, le substitut devait-il ignorer cette preuve? Un substitut qui l’aurait ignorée aurait manqué aux devoirs de sa fonction et n’aurait pas agi dans l’intérêt public qui veut que les personnes coupables d’un acte criminel soient amenées devant la justice pour répondre de leurs crimes. C’est avec raison qu’il en a tenu compte. Il ne s’est cependant pas contenté de cette version. Il a voulu s’assurer d’abord que le témoin pouvait réellement identifier l’appelant. C’est uniquement dans ce contexte qu’il lui a présenté les photos de l’appelant aux alentours de l’époque du meurtre, dont l’une a été retenue par M. Paquet et non pas à des fins d’identification formelle au procès tel qu’avancé par mes collègues dans leurs motifs. Que le substitut ait insisté pour être bien certain que le témoin pouvait identifier l’appelant n’a rien de bien surprenant, particulièrement en raison du fait que l’identification était axée sur les yeux de l’individu (quoiqu’elle ait aussi porté sur les autres indices décrits plus haut).

Il ne s’agissait pas à ce moment de procéder à une parade d’identification : personne n’avait été arrêté ni inculpé. Cette nuance est importante. Dans l’arrêt *R. c. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145, le lord juge en chef Hewart fait la distinction entre le processus d’identification avant l’arrestation et le processus d’identification formel, une fois que le suspect a été arrêté. Sur ce point, il affirme (aux p. 147-148) :

[TRANSLATION] Il est certainement vrai, comme l’avocat l’a fait valoir au nom du ministère public, qu’en montrant ces photographies aux personnes qui sont par la suite

189

190

191

at all intending to influence them in the task of identification, or to equip them for it. On the contrary, they were seeking only to ascertain who were the persons proper to be arrested.

devenues des témoins, les policiers n'avaient aucunement l'intention de les influencer en ce qui a trait à l'identification, ni de les préparer à l'identification. Au contraire, ils cherchaient simplement à déterminer quelles personnes il y avait lieu de mettre en état d'arrestation.

One distinction, however, is quite clear. It is one thing for a police officer, who is in doubt upon the question who shall be arrested, to show a photograph to another person in order to obtain information or a clue upon that matter; it is another thing for a police officer dealing with witnesses who are afterwards to be called as identifying witnesses to show to those persons photographs of those whom they are about to be asked to identify beforehand. [Emphasis added.]

Cependant, une distinction ressort clairement. C'est une chose pour un policier qui a des doutes sur l'identité des personnes à arrêter que de montrer une photographie à une autre personne afin d'obtenir des renseignements ou des indices à cet égard; c'est une tout autre chose pour un policier qui traite avec des témoins, qui seront appelés à fournir une preuve d'identification, que de leur montrer au préalable des photographies des personnes qu'on leur demandera bientôt d'identifier. [Je souligne.]

192

This passage from *Dwyer* does not address formal identification, contrary to the manner in which my colleagues Iacobucci and Binnie JJ. apply it. The identification of the appellant was merely one element in the body of circumstantial evidence on which the charge was based. The Crown attorney's presence at the identification does nothing to change that fact. Mr. Paquet was not an eyewitness to the murder, and his testimony was not intended to identify a murderer, but rather simply to add an additional element to the body of evidence that was already available to the Crown attorney — an important one it is true, but not the kind of identification evidence purporting to identify the author of a crime. The purpose of the identification resorted to by inspector Tardif and the Crown attorney was not to identify the suspect at trial or even to identify an accused: no one had been arrested. In fact, at trial, the Crown attorney did not even proceed to identify the accused. That leads to the conclusion that the purpose of such identification was to ensure that the witness's identification was reliable.

Ce passage de l'arrêt *Dwyer* ne discute pas de l'identification formelle, contrairement à l'application qu'en font mes collègues Iacobucci et Binnie. L'identification de l'appelant n'était qu'un jalon dans l'ensemble de la preuve circonstancielle sur laquelle l'accusation était basée. La présence du substitut lors de cette identification ne change rien à ce fait. Le témoin Paquet n'était pas un témoin oculaire du meurtre et son témoignage n'avait pas pour but d'identifier un meurtrier mais simplement d'apporter un élément supplémentaire au faisceau de preuves dont disposait déjà le substitut, facteur important il est vrai, mais dont l'identification en question n'était pas de même nature que celle d'identifier l'auteur d'un crime. Le but de l'identification et de la part de l'enquêteur Tardif et du substitut n'était pas d'identifier le suspect au procès ni même d'identifier un accusé : personne n'avait été arrêté. De fait, le substitut n'a même pas procédé à l'identification lors du procès. On peut donc en conclure que le but poursuivi était plutôt de s'assurer que l'identification faite par le témoin était fiable.

193

Similarly, as indicated, and only for the purpose of the liberal interpretation courts here adopted on the question of identification, I reproduce a comment by Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 320, on *R. v. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453, where the British Columbia Court of Appeal admitted out-of-court identification evidence:

De même, à titre indicatif, et uniquement dans le but de démontrer l'interprétation libérale des tribunaux en matière d'identification, je reproduis ici un commentaire de Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 320, sur l'affaire *R. c. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453, où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accepté en preuve une identification extra-judiciaire :

In *R. v. Swanston*, due to the accused's change in appearance, the victim of a robbery was able to testify at trial only that the accused *resembled* his attacker, although he had positively identified the accused as his assailant on previous occasions (at a line-up and at a preliminary hearing). The British Columbia Court of Appeal allowed the victim to give evidence of the earlier identifications and permitted police officers to testify that the person identified by the victim on those occasions was in fact the accused. Accordingly, the law appears to be that evidence of extrajudicial identification is admissible not only to corroborate an identification made at trial, but as independent evidence going to identity, at least in situations where the witness who made the earlier identification is on the stand and can be subjected to cross-examination. [Italics in original; underlining added.]

See also: *R. v. Langille* (1990), 59 C.C.C. (3d) 544 (Ont. C.A.).

The appellant submits that such identification was illegal and, therefore, not in conformity with the law, and consequently, that the prosecution was vitiated. An analysis of the case law on this point leads me to conclude that even an "irregular" identification can be legally admissible in evidence, as it was in this case. While its probative value may be weaker, it is then up to the judge to caution the jury as to the circumstances in which the identification was obtained and its probative value.

In *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, the headnote reads (at pp. 803-4):

In determining whether or not to direct a verdict in cases which turn on eyewitness testimony, the trial judge should address his mind to the factors going to the quality of the identification evidence and, where the frailties in the evidence can be remedied by a caution, he should leave the matter to the jury.

In the present case, the trial judge erred in law in directing a verdict of acquittal on the basis solely of the quality of the initial identification evidence. The substantial consistency in the complainant's description of the accused given on three separate occasions prior to any improper police procedures required him to put the evidence to the jury with a caution as to the inherent frailty of the identification evidence, coupled with an instruc-

[TRANSLATION] Dans l'arrêt *R. c. Swanston*, en raison du changement d'apparence de l'accusé, tout ce dont la victime du vol qualifié a été en mesure de témoigner au procès est que l'accusé *ressemblait* à son agresseur, même si elle avait identifié avec certitude l'accusé comme son agresseur à d'autres occasions (lors d'une parade d'identification et à l'enquête préliminaire). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a permis à la victime de témoigner relativement aux identifications précédentes et autorisé les policiers à déposer que l'individu identifié par la victime à ces occasions était bel et bien l'accusé. Par conséquent, selon l'état actuel du droit, il appert que la preuve d'identification extrajudiciaire est admissible, non seulement pour corroborer une identification faite au procès, mais également à titre de preuve indépendante quant à l'identité, à tout le moins lorsque le témoin qui est l'auteur de l'identification précédente est appelé comme témoin et peut être contre-interrogé. [En italique dans l'original; je souligne.]

Voir aussi : *R. c. Langille* (1990), 59 C.C.C. (3d) 544 (C.A. Ont.).

L'appelant soumet que l'identification était illégale, donc non conforme au droit, et qu'en conséquence la poursuite était viciée. Après avoir analysé la jurisprudence sur ce point, j'en viens à la conclusion que même une identification « irrégulière » n'empêche pas qu'elle puisse être légalement admise en preuve, comme elle l'a été ici. Certes, sa valeur probante pourra en être réduite, mais il appartient alors au juge de mettre en garde le jury sur les conditions d'obtention de l'identification et sur la valeur probante à lui accorder.

Dans l'affaire *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, on lit au sommaire (aux p. 803-804) :

En décidant s'il doit ou non imposer un verdict dans des affaires qui reposent sur la déposition de témoins oculaires, le juge doit tenir compte des facteurs qui influent sur la qualité de la preuve d'identification et, lorsque les faiblesses de la preuve peuvent être corrigées par une mise en garde, il doit soumettre l'affaire à l'appréciation du jury.

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur de droit en imposant un verdict d'acquiescement en fonction uniquement de la qualité de la preuve d'identification initiale. La cohérence substantielle des descriptions de l'accusé par la plaignante, fournies en trois occasions distinctes, avant qu'il n'y ait des procédures irrégulières de la part de la police, l'obligeait à soumettre cette preuve à l'appréciation du jury, après lui avoir fait une mise en

194

195

tion to consider carefully the conditions under which the identification is made. A jury is in just as good a position as the trial judge to assess the witness' opportunity for observation and the strength of his evidence based on that opportunity.

196

In that same decision, Wilson J. did an exhaustive analysis of the impact of irregular police procedures in relation to identification, and came to the conclusion that the criteria elaborated in Canadian jurisprudence are less rigid than those adopted in the United States and England (at p. 831):

I think that several conclusions can be drawn from these authorities. First, the improprieties in the line-up do not necessarily destroy otherwise good evidence. Second, consistent with *Shephard*, damage can often be remedied by a proper caution. Third, at this stage of the analysis the assessment of the evidential basis for conviction depends not only on separate assessments of the weaknesses in the initial observation and the weaknesses in the conduct of the line-up but also on the impact of one or the other. As I stated at the outset, the stronger the initial identification evidence the higher the degree of subsequent impropriety it might take to undermine it. [Emphasis added.]

In reference to *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, Wilson J. went on to say (at pp. 832-33):

The discussion in *Marcoux* concerns the fairness or justice aspect of police procedures and of their impact on the accused's rights. There is no suggestion that apart from due process considerations the potential for inaccuracy generated by the station-house show-up rendered the evidence against Mr. Marcoux unsafe as a basis for conviction. The implication is that because Mr. Marcoux's refusal necessitated the show-up the fairness issue does not arise and that the trial judge properly put the evidence to the jury in spite of the problems in the quality of the initial observation and the subsequent identification. [Emphasis added.]

197

In *Pretrial Eyewitness Identification Procedures* (1983) (a study paper prepared for the Law Reform

garde sur la faiblesse inhérente de la preuve d'identification, assortie de l'instruction d'examiner soigneusement les conditions dans lesquelles l'identification a été faite. Le jury est aussi bien placé que le juge du procès pour évaluer les possibilités d'observation qu'a eu un témoin et, en fonction de ces possibilités, la force probante de son témoignage.

Dans le même arrêt, madame le juge Wilson procède à une analyse exhaustive de l'impact des procédures irrégulières de la police en matière d'identification et en vient à la conclusion que les critères canadiens sont moins rigides que ceux développés aux États-Unis et en Angleterre; elle affirme (à la p. 831) :

Je pense qu'on peut tirer plusieurs conclusions de cette jurisprudence. Premièrement, les irrégularités de la séance d'identification n'anéantissent pas nécessairement une preuve par ailleurs irréprochable. Deuxièmement, conformément à l'arrêt *Shephard*, le préjudice causé peut souvent être corrigé par une mise en garde appropriée. Troisièmement, à ce stade de l'analyse, l'évaluation de la preuve sur laquelle se fonde la déclaration de culpabilité dépend non seulement des évaluations faites séparément des faiblesses de l'observation initiale et de celles de la procédure suivie lors de la séance d'identification, mais aussi de l'effet de l'une ou de l'autre. Comme je l'ai dit au début, plus la preuve d'identification initiale est forte, plus il faudra un degré élevé d'irrégularités subséquentes pour la miner. [Je souligne.]

Discutant de l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, le juge Wilson poursuit (aux p. 832-833) :

Le débat dans l'affaire *Marcoux* porte sur l'aspect équitable ou juste des procédures de la police et de son effet sur les droits du prévenu. On n'y laisse aucunement entendre que, mises à part des considérations d'application régulière de la loi, les possibilités d'imprécision que fait naître la confrontation avec un seul suspect au poste de police ont rendu la preuve impliquant M. Marcoux trop dangereuse pour justifier une déclaration de culpabilité. Cela signifie qu'étant donné que le refus de M. Marcoux a nécessité la confrontation avec un seul suspect, la question d'équité ne se pose pas et que le juge a eu raison de laisser le jury apprécier la preuve, en dépit des problèmes de qualité de l'observation initiale et de l'identification subséquente. [Je souligne.]

Dans son ouvrage, *L'identification par témoin oculaire avant le procès* (1983) (un document

Commission of Canada), N. Brooks confirms that the rules set out in the case law regarding identification are very flexible. On that point, he said (at p. 157):

When the police were justified in showing photographs, the courts have never suggested that this procedure ought to be followed by a corporeal identification test. In an Australian case, where defence counsel argued that the witness who had first identified the accused's photograph should later have been shown a lineup containing the accused, the Supreme Court of Australia stated: "If she had identified him in a line-up it would have been impossible to say how far she was relying on the photograph and how far on her recollection of her assailant on 17th June, and a line-up might have been harmful to his case. It was certainly not necessary."

In *R. v. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116, Weiler J.A. of the Ontario Court of Appeal summarized the state of the law regarding identification (at para. 91):

The trial judge was correct that the generally accepted state of the law is that, where evidence is tainted, either because identification was suggested by the accused's presence in the prisoner's box or as a result of inappropriate police procedures, the evidence is not thereby rendered inadmissible. Rather, the evidence of tainting is a factor going to the weight of the evidence which is exclusively the province of the jury. See *R. v. Mezzo*, [1986] 1 S.C.R. 802; . . . *R. v. Miaponoose* . . . [(1996)], 110 C.C.C. (3d) 445, at p. 458 ([Ont.] C.A.); *R. v. Buric* . . . [(1996)], 106 C.C.C. (3d) 97, at p. 112 ([Ont.] C.A.), per Labrosse, J.A., whose reasons were affirmed at (1997), 209 N.R. 241 . . . (S.C.C.). [Emphasis added.]

With respect to identification at the preliminary stage, she wrote (at para. 94):

An out-of-court description of the suspect given by a witness to the police, particularly a description that contains a distinctive personal characteristic, is admissible in court as a means of assisting the jury to assess what weight should be given to the identification that has been made in court: [Tat], supra. Similarly, a videotape or photograph of a suspect in the vicinity at the

d'étude préparé à l'intention de la Commission de réforme du droit du Canada), l'auteur N. Brooks confirme que les règles jurisprudentielles en matière d'identification sont très souples. Sur ce point, il affirme (aux p. 176-177) :

Cependant, dans les cas où les policiers étaient fondés à recourir à des photographies, les tribunaux n'ont jamais laissé entendre que cette façon de procéder aurait dû être suivie par une identification en personne. Dans une affaire australienne où l'avocat de la défense avait prétendu que le témoin, qui avait d'abord identifié l'accusé sur une photographie, aurait dû assister ultérieurement à une parade d'identification à laquelle aurait participé l'accusé, la Cour suprême de l'Australie a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Si elle [le témoin] avait identifié l'accusé lors d'une parade d'identification, il aurait été impossible de savoir dans quelle mesure elle s'appuyait sur la photographie, et dans quelle mesure elle s'appuyait sur le souvenir de celui qui l'avait agressée le 17 juin. Une parade d'identification n'était certainement pas nécessaire et aurait éventuellement pu être nuisible dans cette affaire ».

Dans l'arrêt *R. c. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116, madame le juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario résume l'état du droit en matière d'identification (au par. 91) :

[TRADUCTION] Le juge du procès a eu raison de déclarer que, selon l'état du droit, tel qu'il est généralement reconnu, lorsque la preuve est viciée, soit parce que l'identification a été suggérée par la présence de l'accusé sur le banc des accusés ou par suite de procédures policières irrégulières, elle ne devient pas de ce fait inadmissible. La preuve d'un vice est un facteur qui influence le poids à accorder aux éléments de preuve, dont l'appréciation relève exclusivement du jury. Voir *R. c. Mezzo*, [1986] 1 R.C.S. 802; . . . *R. c. Miaponoose* [. . .] [(1996)], 110 C.C.C. (3d) 445, p. 458 (C.A. [Ont.]); *R. c. Buric* [. . .] [(1996)], 106 C.C.C. (3d) 97, p. 112 (C.A. [Ont.]), le juge Labrosse, dont les motifs ont été confirmés dans (1997), 209 N.R. 241 [. . .] (C.S.C.). [Je souligne.]

Relativement à l'identification au stade préliminaire, elle écrit (au par. 94) :

[TRADUCTION] Une description extrajudiciaire du suspect qu'un témoin fournit à la police, plus particulièrement une description comportant des traits personnels distinctifs, est admissible au procès afin d'aider le jury à apprécier l'importance qu'il convient d'accorder à l'identification fournie au procès : [Tat], précité. De façon analogue, un vidéo ou une photographie

time the crime was committed is also admissible provided that the accuracy and fairness of what the videotape or photograph purports to depict is established: *R. v. Maloney* (No. 2) (1976), 29 C.C.C. (2d) 431 (Ont. Co. Ct.), LeSage, Co. Ct. J., as cited in *R. v. Brown*, [1999] O.J. No. 4864 (Gen. Div.), on the voir dire relating to the admissibility of the tape from the surveillance camera showing the homicide and robberies at the Just Desserts Café in Toronto. In these cases, there is a means for the jury to measure the accuracy or reliability of the identification made in court. As stated by Trafford, J., in *Brown*, supra, there is an articulable basis for the jury to discount the frailties of the identification evidence. Because the jury will be able to weigh the evidence and to engage in a reasoning process respecting its admission or rejection, the admission of the evidence will not be unfair to the accused. [Emphasis added.]

199 In *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641, Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal also did a thorough analysis of the question, and wrote (at p. 657):

The second situation in which out-of-court statements of identification have been admitted arises where the identifying witness is unable to identify the accused at trial, but can testify that he or she previously gave an accurate description or made an accurate identification. In these circumstances, the identifying witness may testify to what he or she said or did on those earlier occasions and those who heard the description given by the witness or witnessed the identification made by the witness may give evidence of what the witness said or did. [Emphasis added.]

200 I decipher from these decisions that the Crown attorney acted in conformity with the state of the law regarding identification. Regardless of its probative value, the identification in this instance was not illegal.

201 It was ultimately up to the jury to assess that identification evidence in light of Mr. Paquet's testimony at trial, and it was up to the judge to caution the jury regarding its probative value in his charge to the jury.

202 As regards the conduct of the Crown attorney when he laid the charge, however, having regard to

représentant un suspect dans les environs au moment de la perpétration du crime est également admissible, dans la mesure où on établit le caractère exact et juste de ce que le vidéo ou la photographie vise à démontrer : *R. c. Maloney* (No. 2) (1976), 29 C.C.C. (2d) 431 (C. cté Ont.), le juge LeSage, cité dans *R. c. Brown*, [1999] O.J. No. 4864 (Div. gén.), quant au voir-dire sur l'admissibilité d'une bande vidéo provenant d'une caméra de surveillance qui a capté les images de l'homicide et des vols survenus au Just Desserts Café à Toronto. Dans ces cas, il existe un moyen pour le jury de mesurer l'exactitude ou la fiabilité de l'identification fournie au procès. Comme l'a déclaré le juge Trafford dans *Brown*, précité, le jury a des motifs précis pour ne pas tenir compte des faiblesses inhérentes à la preuve d'identification. Étant donné que le jury sera en mesure d'apprécier la preuve et d'entreprendre un processus de raisonnement quant à son admission ou à son rejet, l'admission de la preuve ne sera pas inéquitable à l'égard de l'accusé. [Je souligne.]

Dans l'affaire *R. c. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641, le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario fait également une analyse fouillée de la question et écrit (à la p. 657) :

[TRANSDUCTION] La seconde situation dans laquelle les déclarations d'identification extrajudiciaires ont été admises survient lorsque le témoin, auteur de l'identification, est incapable d'identifier l'accusé au procès, mais est en mesure d'affirmer qu'il a déjà fourni une description ou une identification exacte. Dans ce cas-là, le témoin, auteur de l'identification, peut déposer au sujet de ce qu'il a dit ou fait aux occasions antérieures, et ceux qui ont entendu la description fournie par ce témoin ou qui ont été témoins de l'identification qu'il a faite peuvent déposer au sujet de ce que le témoin a alors dit ou fait. [Je souligne.]

Je déduis de cette jurisprudence que le substitut a agi conformément à l'état du droit en matière d'identification. Quelle que soit sa valeur probante, l'identification en l'espèce n'était pas illégale.

Il revenait en dernier ressort au jury d'apprécier cette preuve d'identification à la lumière du témoignage de M. Paquet au procès et au juge de mettre le jury en garde quant à sa force probante dans son adresse au jury.

En ce qui concerne, toutefois, le comportement du substitut lorsqu'il a déposé l'inculpation,

the foregoing, it is reasonable to conclude that on the question of the identification by Mr. Paquet, the Crown attorney could hold a reasonable belief that this evidence was sufficient to meet the third criteria of *Nelles*.

At this point, and as an aside, I note that in cases where an identification is founded solely on a particular feature, such as a tattoo, a scar, a blemish, the shape of a nose — identifications that are abundant in the case law, it is often impossible to proceed in the ordinary manner and hold an identification parade. Where would one find people who have the same characteristics? In the absence of those characteristics, the presumed perpetrator of the crime would immediately be recognized and the identification would be no more “proper” than what the witness did here. Had Mr. Paquet been shown a number of photographs of other “bearded men”, and had he identified the appellant definitively in one of those photographs, the identification would certainly have carried more weight. But the fact that this recognized method was not used is not fatal, particularly in a context where Mr. Paquet had already spontaneously identified the appellant from a newspaper photograph at a time when he was unaware that he would be a witness at the trial and had not been involved in any earlier procedure in connection with the charge. Even in the absence of any other identification session organized by the investigators and the Crown attorney, the Crown attorney could have called Mr. Paquet to testify at the trial based on the original identification. I believe that the identification of the appellant using the photographs was intended only to reassure the Crown attorney before pursuing the investigation any further. In fact, the Crown attorney then pursued his investigation, so he could be satisfied, first, of the credibility and good faith of the witness, and second, of the convergence of the other evidence then in the file. He certainly cannot be criticized for doing this.

Did the fact that the identification was ruled to be insufficient because it related solely to the eyes and beard require the Crown attorney to close the case? Not in my opinion. This is true even if we

tenant compte de ce qui précède, il est raisonnable de conclure qu'en ce qui regarde l'identification par le témoin Paquet, le substitut pouvait raisonnablement croire que cet élément était suffisant pour satisfaire au troisième critère de l'arrêt *Nelles*.

Je dois ici ouvrir une parenthèse pour discuter de l'identification lorsque cette identification porte uniquement sur un signe particulier, tels un tatouage, une balafre, un bouton, la forme d'un nez, identifications que l'on retrouve en abondance dans la jurisprudence. Il est souvent impossible de procéder dans ces cas comme on le fait ordinairement et de recourir à une parade d'identification. Où trouver des personnes possédant les mêmes caractéristiques? En leur absence, l'auteur présumé du crime ressortira immédiatement de la ligne et l'identification ne sera pas plus « régulière » que celle qui a été faite ici par le témoin. Si on avait présenté à M. Paquet plusieurs photos d'autres « barbus », et qu'il avait identifié précisément l'appelant sur l'une de ces photos, certes l'identification aurait eu plus de poids. Mais le fait de n'avoir pas recouru à cette méthode reconnue ne s'avère pas fatale, particulièrement dans le contexte où M. Paquet avait déjà identifié l'appelant spontanément sur une photo de journal alors qu'il ignorait qu'il serait témoin au procès et n'avait participé à aucune procédure quelconque auparavant en relation avec une accusation. Même s'il n'y avait eu aucune autre séance d'identification organisée par les enquêteurs et le substitut, l'identification originale aurait pu permettre au substitut de faire témoigner M. Paquet au procès. Je considère que l'identification de l'appelant par les photos n'avait pour but que de rassurer le substitut avant qu'il ne pousse l'enquête plus avant. En fait, le substitut a alors poursuivi son enquête pour s'assurer, d'une part, de la crédibilité et bonne foi du témoin et, d'autre part, de la convergence des autres éléments de preuve déjà au dossier. On ne saurait certes lui en faire reproche.

Le fait qu'on ait jugé l'identification insuffisante parce qu'elle portait sur les yeux et la barbe uniquement commandait-il au substitut de classer le dossier? À mon avis, non. Ceci est vrai même si

203

204

believe that the method of identification chosen was inappropriate or negligent. The Crown attorney is neither judge nor jury, and he had the right, and I would go so far as to say the duty, to take that evidence to the justice system, provided that he himself believed that it was valid. There is nothing in the record to suggest that this was not the case and that he acted in bad faith. This was a very important piece of evidence in the structure of this case, and of itself, it put the appellant at the scene of the crime at the time of day when it was committed, and corroborated other evidence such as, in particular, the use of the polythene bag that was later found near the scene of the crime, the appellant's opportunity to leave work at that precise time of day, and so on.

205

Mr. Paquet testified at the trial about his encounter and all the facts that he had recounted to the investigators and the Crown attorney. There is no doubt that the jurors believed him. The Crown attorney was criticized for not asking Mr. Paquet to identify the appellant at trial. In his argument at trial, the Crown attorney did say that he had deliberately refrained from asking Mr. Paquet to identify the appellant for fear that he would be unable to recognize him, and he added: [TRANSLATION] "if I had asked the question, I would have been making the witness contradict himself. That would have been brilliant: 'Do you see your bearded man, sir? I don't see him.'" On the one hand, the explanation seems logical: in fact, at the date of the trial, the appellant no longer looked like the "bearded man" whom the witness had encountered more than six years earlier and identified from photographs that were more or less contemporaneous with the murder. On the other hand, this could have been a tactic on the Crown attorney's part, that we may or may not agree with. However, the opportunity opened to the defence to have the witness contradict himself was obvious, a fact the Crown attorney may well have counted on, all the while perhaps thinking that the witness would reaffirm his identification from the photograph published by the newspaper. It is also important to recall that the defence in cross-examination refrained from attempting to have the witness contradict himself, a matter for which the Crown attorney can surely not be criticized.

l'on considère que le mode d'identification choisi était inopportun ou négligent. Le substitut n'est ni juge ni jury et il avait le droit et j'irais même jusqu'à dire le devoir de porter cet élément de preuve devant la justice pourvu qu'il ait lui-même cru qu'il était valable. Rien au dossier ne laisse entendre que tel n'était pas le cas et qu'il agissait de mauvaise foi. Il s'agissait d'un élément d'une grande importance dans la trame de cette affaire, élément qui, à lui seul, plaçait l'appelant sur les lieux du crime et à l'heure où il fut commis, et qui corroborait d'autres éléments de preuve, tels en particulier l'usage du sac de polythène qui a par la suite été trouvé à proximité des lieux du crime, la possibilité pour l'appelant de s'absenter de son travail à cette heure précise, et ainsi de suite.

Monsieur Paquet témoignera au procès de sa rencontre et de tous les faits qu'il avait relatés aux enquêteurs et au substitut. Il ne fait aucun doute qu'il a été cru par les jurés. On a fait reproche au substitut de ne pas avoir demandé au témoin Paquet d'identifier l'appelant au procès. Le substitut, lors de sa plaidoirie au procès, a effectivement affirmé qu'il s'était délibérément abstenu de demander au témoin Paquet d'identifier l'appelant par crainte qu'il ne puisse le reconnaître et il a ajouté : « si [j']avais posé la question je mettais le témoin lui-même en contradiction. Ça aurait été brillant : "Voyez-vous, monsieur, votre barbu ici? Je ne le vois pas." » D'une part, l'explication semble logique : effectivement, l'appelant, à la date du procès, ne ressemblait plus au « barbu » rencontré par le témoin plus de six ans auparavant et identifié à même des photos plus ou moins contemporaines au meurtre. D'autre part, il pourrait aussi s'agir d'une tactique de la part du substitut avec laquelle on peut ou non être d'accord. Mais l'opportunité ainsi donnée à la défense de mettre le témoin en contradiction était patente, ce que le substitut avait probablement escompté tout en croyant peut-être que le témoin réaffirmerait son identification à partir de la photo publiée par le journal. De plus, il est important de rappeler que la défense s'est abstenue de mettre le témoin en contradiction lors du contre-interrogatoire, ce qu'on ne peut sûrement pas reprocher au substitut.

When the evidence in the Crown attorney's possession at the time he authorized the laying of the charge against the appellant for the first degree murder of France Alain is examined in its context and in the context of that time, in light of the nature of the evidence and the state of the jurisprudence and of the law at the time, as well as the duty of a Crown attorney who sincerely and in good faith believes that the perpetrator of a murder is guilty and that there are reasonable and probable grounds to justify laying a charge, I am satisfied that the Crown attorney could plausibly have believed, at that time, that he had sufficient reasonable and probable grounds to charge the appellant. It must not be forgotten, in this analysis, that at the preliminary inquiry the judge committed the appellant for trial. It is difficult to argue, in these circumstances, that the evidence in the Crown's possession was so non-probative, or so tenuous, as one would have us believe. It seems to me that if that was the case, there would have been no committal for trial. Moreover, the appellant was found guilty by the jury at the end of his criminal trial. The standard of proof beyond a reasonable doubt does not apply to the Crown attorney at the time the charge is laid, it applies only at trial; otherwise, more would be asked of the Crown attorney than of the judge at the preliminary inquiry and at trial (*United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679).

As Ritchie J. said in *Shephard*, *supra*, at p. 1080: "a trial judge sitting with a jury [must decide] whether the evidence is 'sufficient' to justify him in withdrawing the case from the jury and this is to be determined according to whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty".

In *Charemski*, McLachlin J., dissenting but not on this point, accurately summarized the state of the law concerning the role of the judge at the preliminary inquiry stage. On that question, she reiterated at para. 26 the principles laid down in *Shephard*, *supra*:

Until recently, no one questioned the rule that on a motion for a directed verdict the trial judge must deter-

Les éléments de preuve que possédait le substitut lorsqu'il a autorisé le dépôt de l'accusation de meurtre au premier degré de France Alain contre l'appelant, examinés dans leur contexte et celui de l'époque, tenant compte de la nature de ces éléments, de l'état de la jurisprudence et du droit à l'époque, d'une part, et le devoir d'un substitut qui croit sincèrement et de bonne foi à la culpabilité de l'auteur d'un meurtre ainsi qu'à des motifs raisonnables et probables justifiant le dépôt d'une accusation, d'autre part, me convainquent que le substitut pouvait vraisemblablement croire à l'époque qu'il avait des motifs raisonnables et probables suffisants pour inculper l'appelant. Il ne faut pas oublier dans cette analyse que, à l'enquête préliminaire, le juge a renvoyé l'appelant à procès. Il est difficile de prétendre, dans ces circonstances, que les éléments de preuve que possédait la Couronne étaient aussi peu probants ou aussi ténus qu'on a bien voulu le laisser croire. Il me semble que si c'était le cas, il n'y aurait pas eu de renvoi à procès. Par surcroît, l'appelant a été reconnu coupable par le jury au terme de son procès criminel. La norme de preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique pas au substitut au moment du dépôt de l'accusation mais uniquement au procès; autrement, on exigerait davantage du substitut que du juge à l'enquête préliminaire et au procès (*États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679).

Comme l'a affirmé le juge Ritchie dans l'affaire *Shephard*, précitée, p. 1080 : « [le] juge du procès siégeant avec un jury [...] doit décider si la preuve est "suffisante" pour dessaisir le jury selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité ».

Madame le juge McLachlin dans l'affaire *Charemski*, dissidente mais non sur ce point, a bien résumé l'état du droit sur le rôle du juge à l'étape de l'enquête préliminaire. Sur cette question, elle réitère au par. 26 les principes consacrés dans l'affaire *Shephard*, précitée :

Jusqu'à tout récemment, personne ne remettait en question la règle selon laquelle le juge du procès saisi

206

207

208

mine whether there is sufficient evidence to permit a properly instructed jury, acting reasonably, to convict, with the implied correlative that the trial judge must weigh the evidence in the limited sense of determining whether it is capable of supporting essential inferences the Crown seeks to have the jury draw. However, in this case the Crown argues that the test has been altered in cases of circumstantial evidence by two decisions of this Court: *Mezzo*, *supra*, and *Monteleone*, *supra*. I do not agree. While some of the language of these cases is confusing, a closer reading suggests that the justices had no intention of discarding the time-hallowed and universally accepted test for directed acquittals.

209

Finally, recently, in *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54, at paras. 30 and 32, McLachlin C.J. discussed the task of the judge at a preliminary inquiry:

In performing the task of limited weighing, the preliminary inquiry judge does not draw inferences from facts. Nor does she assess credibility. Rather, the judge's task is to determine whether, if the Crown's evidence is believed, it would be reasonable for a properly instructed jury to infer guilt.

. . .

This result would obviously be inconsistent with the mandate of the preliminary inquiry justice as is expressed in s. 548(1), which requires the preliminary justice inquiry to consider "the whole of the evidence". Further, it would undermine one of the central purposes of the preliminary inquiry, which is to ensure that the accused is not committed to trial unnecessarily: see *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at para. 20. Thus the traditional formulation of the common law rule should not be understood to foreclose consideration of defence evidence. . . . Whatever the evidence of the Crown and defence, the judge must consider "the whole of the evidence", in the sense that she must consider whether the evidence, if believed, could reasonably support a finding of guilt. The question is the same whether the evidence is direct or circumstantial. [Emphasis added.]

210

One must assume that the judge at the preliminary inquiry was cognizant of the state of the law when he committed the appellant for trial. If he considered the evidence offered by the Crown attorney

d'une demande de verdict imposé doit décider s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour permettre à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, de conclure à la culpabilité, et le corollaire implicite selon lequel le juge du procès doit évaluer la preuve uniquement pour déterminer si elle peut étayer les inférences essentielles que le ministère public veut que le jury fasse. Cependant, le ministère public allègue, en l'espèce, que deux arrêts de notre Cour ont modifié le critère dans le cas d'une preuve circonstancielle : *Mezzo* et *Monteleone*, précités. Je ne suis pas d'accord. Bien que le texte de ces arrêts soit un peu confus, une lecture plus attentive donne à penser que les juges n'avaient aucune intention d'écarter ce critère consacré par l'usage et universellement accepté en matière de verdicts imposés.

Enfin, récemment, dans l'affaire *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54, par. 30 et 32, le juge en chef McLachlin discute du mandat du juge lors de l'enquête préliminaire :

En exerçant cette fonction d'évaluation limitée, le juge présidant l'enquête préliminaire ne tire aucune inférence au regard des faits. Il n'apprécie pas non plus la crédibilité. La fonction du juge consiste plutôt à déterminer si, en supposant que la preuve du ministère public soit crue, il serait raisonnable pour un jury ayant reçu des directives appropriées d'inférer la culpabilité.

. . .

Il va de soi que ce résultat serait incompatible avec le mandat conféré au juge présidant l'enquête préliminaire tel qu'il est énoncé au par. 548(1), lequel impose à celui-ci d'examiner l'ensemble de la preuve. Qui plus est, ce résultat ferait échec à l'un des objectifs premiers de l'enquête préliminaire, soit s'assurer que l'accusé ne soit pas inutilement renvoyé à procès : voir *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 20. La formulation traditionnelle de la règle de common law ne doit donc pas être interprétée de manière à exclure l'examen de la preuve présentée par la défense. [. . .] Quelle que soit la preuve présentée par le ministère public et par la défense, le juge est tenu d'examiner l'ensemble de la preuve, en ce sens qu'il doit se demander si la preuve, si elle était crue, pourrait raisonnablement étayer un verdict de culpabilité. La question demeure inchangée qu'il s'agisse d'une preuve directe ou circonstancielle. [Je souligne.]

On doit présumer que le juge de l'enquête préliminaire connaissait l'état du droit lorsqu'il a renvoyé l'appelant à procès. S'il a jugé les éléments de preuve apportés par le substitut suffisants à cet

to be sufficient in that respect, the Crown attorney cannot be criticized for reaching the same conclusion.

The fact that the Court of Appeal concluded on appeal of the guilty verdict that the evidence presented at trial did not prove the appellant's guilt beyond a reasonable doubt, as it said, and that the trial judge committed errors, is one thing. Assessing the conduct of the Crown attorney when the criminal charge was laid is quite another.

In short, like Beauregard J.A., [TRANSLATION] "I cannot say that when the prosecutor authorized the information, he deviated tangibly from the conduct of a reasonably competent and responsible prosecutor" (p. 435). I do not share the severe approach to the Crown attorney's conduct taken by LeBel J.A. In my opinion, he applied to the Crown attorney's conduct not only the concept of fault in Quebec civil law, but also the standards of the criminal law in 1999, i.e. at the time when the Court of Appeal rendered its judgment in the civil action. The time to which we should refer in evaluating that conduct is the time when the indictment was filed.

Strictly speaking, in view of my conclusion that the Crown attorney had reasonable and probable grounds for laying a charge, it is not necessary to address the question of malice. I consider it solely in case there is a difference of opinion with respect to my analysis concerning the existence of reasonable and probable grounds.

(d) *Malice*

The definition of malice in *Nelles*, the essential element of which is the pursuit of an improper purpose, has been consistently applied by the courts in Canada. (See on this point: *Boudreault v. Barrett* (1998), 219 A.R. 67 (C.A.); *Thompson v. Ontario* (1998), 113 O.A.C. 82; *Reynen v. Canada* (1995), 184 N.R. 350 (F.C.A.); *Milgaard v. Kujawa* (1994), 118 D.L.R. (4th) 653 (Sask. C.A.); *Prete v. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Deline v. Kidd*, [2001] B.C.J. No. 645 (QL), 2001 BCSC 491; *Monette v. Owens* (2000), 144 Man. R. (2d) 55

égard, on ne saurait reprocher au substitut d'en être arrivé à la même conclusion.

Que la Cour d'appel ait conclu suite à l'appel du verdict de culpabilité que la preuve présentée au procès ne prouvait pas la culpabilité de l'appellant hors de tout doute raisonnable, comme elle l'a indiqué, et que le juge du procès avait commis des erreurs est une chose. L'appréciation de la conduite du substitut lors du dépôt de l'accusation criminelle est une toute autre chose.

En somme, comme le juge Beauregard, « je ne peux dire qu'en autorisant la dénonciation, le substitut s'est démarqué d'une façon tangible de la conduite qu'aurait eue le substitut raisonnablement compétent et responsable » (p. 435). Je ne partage pas le regard sévère que porte le juge LeBel sur le comportement du substitut. Il applique à la conduite du substitut, selon moi, non seulement la notion de faute en droit civil québécois mais aussi les normes de droit criminel qui prévalaient en 1999, soit au moment où a été rendu le jugement de la Cour d'appel sur la poursuite civile. C'est au moment du dépôt de l'acte d'accusation qu'il y a lieu de se reporter pour apprécier cette conduite.

Strictement parlant, vu ma conclusion que le substitut avait des motifs raisonnables et probables pour déposer une accusation, il ne serait pas nécessaire d'aborder la question de l'intention malicieuse. J'y passe uniquement au cas où on pourrait diverger d'opinion quant à mon analyse relative à l'existence de motifs raisonnables et probables.

(d) *L'intention malicieuse*

La définition de l'intention malicieuse dans l'arrêt *Nelles*, dont l'élément essentiel équivaut à la poursuite d'un but illégitime, a été reprise de manière constante par la jurisprudence canadienne. (Voir à cet égard *Boudreault c. Barrett* (1998), 219 A.R. 67 (C.A.); *Thompson c. Ontario* (1998), 113 O.A.C. 82; *Reynen c. Canada* (1995), 184 N.R. 350 (C.A.F.); *Milgaard c. Kujawa* (1994), 118 D.L.R. (4th) 653 (C.A. Sask.); *Prete c. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Deline c. Kidd*, [2001] B.C.J. No. 645 (QL), 2001 BCSC 491; *Monette c. Owens*

211

212

213

214

(Q.B.); *Charemski v. Ontario*, [2000] O.J. No. 5231 (QL) (S.C.J.); *Fiset v. Toronto (City) Police Services Board*, [1999] O.J. No. 3731 (QL) (S.C.J.). In *Boudreault v. Barrett*, the Alberta Court of Appeal in fact concluded, at para. 14: "There is no indication of malice. The appellant has not produced any evidence suggesting that any of the respondents acted out of spite, ill-will or vengeance toward him. Nor is there evidence that any of the respondents were inspired to initiate and prosecute the charges against the appellant by any motive other than the fulfillment of their duties to enforce the criminal law."

215 The burden of proof to be met here is very high, as Lamer J. pointed out in *Nelles*, *supra*: "the burden [of proof] on the plaintiff is onerous and strict" (p. 197). As I noted in that decision: "Attorneys General and Crown Attorneys are often faced with difficult decisions as to whether to proceed in matters which come before them. It is unfortunate that, like all human beings, they cannot be immune from error [but the] freedom of action of Attorneys General and Crown Attorneys is vital to the effective functioning of our criminal justice system" (p. 223).

216 In any event, the appellant must show on a preponderance of evidence that there was an improper purpose and that the powers of the prosecutor were perverted to that end. The malicious use of the office may not have been accidental: it must be deliberate. As Lamer J. wrote in *Nelles*, at pp. 196-97: "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 and inconsistent with the traditional prosecutorial function" (emphasis added).

217 This standard, the deliberate and malicious use of the office, is a high and clear one, in that it calls for proof of the subjective intent of the prosecutor

(2000), 144 Man. R. (2d) 55 (Q.B.); *Charemski c. Ontario*, [2000] O.J. No. 5231 (QL) (C.S.J.); *Fiset c. Toronto (City) Police Services Board*, [1999] O.J. No. 3731 (QL) (C.S.J.). Dans la décision *Boudreault c. Barrett*, la Cour d'appel de l'Alberta concluait d'ailleurs en ces termes au par. 14 : [TRA-DUCTION] « Rien n'indique qu'il y a eu malveillance. L'appelant n'a produit aucun élément de preuve qui porterait à croire que l'un des intimés aurait agi par dépit, rancune ou esprit de vengeance envers lui. Aucune preuve ne démontre non plus que les intimés ont été poussés à porter les accusations contre l'appelant et à engager des poursuites à leur égard par un autre motif que l'exécution de leur devoir d'appliquer la loi en matière criminelle. »

Le fardeau de preuve à rencontrer ici est très élevé, comme l'a souligné le juge Lamer dans l'arrêt *Nelles*, précité : « la charge de la preuve incombant au demandeur est lourde et stricte » (p. 197). Comme je l'ai mentionné dans ce même arrêt : « Les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne sont souvent confrontés à des décisions difficiles quant au dépôt d'une poursuite dans des affaires qui leur sont soumises. Il est malheureux que, comme tout être humain, ils ne soient pas exempts d'erreurs [mais la] liberté d'action des procureurs généraux et des procureurs de la Couronne est vitale pour assurer que notre système de justice criminelle fonctionne de façon efficace » (p. 223).

En tout état de cause, l'appelant doit démontrer, selon la prépondérance de la preuve, la présence d'un but illégitime et le détournement des pouvoirs du substitut à cette fin. Cet exercice malicieux ne peut être accidentel : il doit être délibéré. Ainsi s'exprimait le juge Lamer dans l'arrêt *Nelles* (aux p. 196-197) : « 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 des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant » (je souligne).

Cette norme de l'exercice délibéré et malveillant est élevée et claire puisqu'elle exige la preuve de l'intention subjective du substitut-procureur d'agir

to act out of malice or with an improper purpose by perverting the power of the office. It must be applied strictly, and we must avoid any interpretation that leaves any room for uncertainty in its application.

Thus a Crown attorney will not be personally uncertain as to whether a violation has occurred and his independence to decide and act according to his good judgment and the means available will be protected. Moreover, individuals will be spared involvement in pointless legal proceedings that could interfere with the proper administration of justice.

(i) Appellant's Argument

The appellant contends that the Crown attorney was looking for a conviction at any cost, and, therefore, that he acted with an improper purpose. He recites a number of facts in support of his argument.

The appellant asserted that the prosecution had a personal character, since the appellant had brought action in 1991 against Tardif, the retired investigator, and a journalist at CHRC for damages caused to the appellant by the defamatory statements they had allegedly made. The appellant alleged in that case that they had spread rumours publicly that he was guilty of the murder of France Alain.

The appellant relied first on the initial identification session in which Mr. Paquet participated, at which the police officer suggested the appellant's name, showed the witness only one photograph and argued with him when he denied recognizing the appellant. The appellant also impugned the second identification session at which Mr. Paquet was shown eight photographs, all of the appellant. In the appellant's submission, that identification session was utterly malicious, subjective and biased; he said that the Crown attorney knew the circumstances in which the first session had been held and he approved it nonetheless.

The appellant also impugned the conduct of the Crown attorney during argument, including his use of the tape recorded conversation between the

par malice ou dans un but illégitime par détournement de pouvoir. Elle doit être appliquée de façon stricte et on doit se garder d'une interprétation donnant ouverture à une incertitude dans son application.

Ainsi, le procureur ne pourra être lui-même dans l'incertitude quant à une violation, et son indépendance de décider et d'agir selon son bon jugement et ses moyens sera sauvegardée. D'autre part, on évitera au justiciable de s'engager dans des recours en justice futiles et susceptibles de nuire à sa bonne administration.

(i) Prétentions de l'appelant

L'appelant prétend que le substitut désirait obtenir une condamnation à tout prix et, partant, qu'il a agi dans un but illégitime. Il cite plusieurs faits au soutien de sa prétention.

L'appelant fait valoir que la poursuite avait un caractère personnel, l'ancien enquêteur Tardif et un journaliste de la station CHRC faisant l'objet, en 1991, de poursuites en dommages-intérêts de la part de l'appelant à la suite des propos diffamatoires qu'ils auraient tenus. Dans cette instance, l'appelant leur reprochait d'avoir colporté publiquement qu'il était coupable du meurtre de France Alain.

L'appelant s'en remet d'abord à la première séance d'identification à laquelle a pris part le témoin Paquet, lors de laquelle le policier a suggéré le nom de l'appelant, n'a montré au témoin qu'une seule photo et a argumenté avec lui lorsqu'il a nié reconnaître l'appelant. L'appelant attaque aussi la seconde séance d'identification où l'on a présenté huit photos au témoin Paquet, toutes de l'appelant. Cette séance d'identification, selon l'appelant, est des plus malicieuses, subjectives et biaisées; il affirme que le substitut connaissait les circonstances dans lesquelles la première séance avait été tenue et qu'il l'a néanmoins endossée.

L'appelant s'attaque également au comportement du substitut lors des plaidoiries, y compris l'utilisation qu'il fait de la conversation enregistrée entre le

218

219

220

221

222

victim's father and the appellant, to show that the Crown attorney was acting in pursuit of an improper purpose.

(ii) Respondent's Argument

223

The respondent argued that there was no evidence from which it could be concluded that the Crown attorney had adopted a conduct that denoted a desire to cause harm and an intent to cause prejudice to the appellant or to divert the process of the criminal justice system from its proper purposes. The respondent is of the view that, in this case, the Crown attorney had a sincere conviction of the appellant's guilt in his mind. In his submission, the evidence offers no support for the conclusion that the Crown attorney acted with the sinister purpose of obtaining a conviction with disregard for the law.

(iii) Analysis

224

If suspicion and supposition there be, this is where they are found: there is simply no evidence of malice. On this point, I would refer to the appellant's assertions concerning the Crown attorney's malice.

225

With respect to the first allegation against the Crown attorney, the mere fact that he authorized the laying of a criminal charge which resulted in a verdict of acquittal cannot support the conclusion that there was malice on the part of the Crown attorney. For one thing, this would be completely contrary to the standard of conduct set out in *Nelles*; for another, it would place an obligation on the Crown attorney in respect of the result, and there is no justification for this here. In addition, a standard of that nature would amount to denying the Crown attorney any immunity.

226

The complaint on which the appellant mainly focused relates to the Crown attorney's lack of reasonable and probable grounds for laying the criminal charge, which he characterized as "improper purpose". I shall not revisit the question of whether there were reasonable and probable grounds here, as I have addressed it fully, other than to say that my conclusion on that point rules out the possibility that the Crown attorney was pursuing any "improper purpose" on this ground.

père de la victime et l'appellant, pour démontrer que celui-ci poursuivait un but illégitime.

(ii) Prétentions de l'intimé

L'intimé avance pour sa part qu'aucune preuve ne permet de conclure que le substitut a adopté un comportement dénotant un désir de nuire et une volonté de causer un préjudice à l'appellant ou de détourner de ses fins légitimes le processus de justice criminelle. L'intimé estime qu'en l'espèce le substitut avait dans son esprit une conviction sincère en la culpabilité de l'appellant. La preuve, selon lui, ne supporte aucunement la conclusion que le substitut aurait agi dans le sombre dessein d'obtenir une condamnation au mépris du droit.

(iii) Analyse

Si soupçons et hypothèses il y a, ils se retrouvent à ce chapitre : de preuve, point. À cet égard, je reprendrai les affirmations de l'appellant concernant l'intention malicieuse du substitut.

Quant au premier grief reproché au substitut, le seul fait d'autoriser le dépôt d'une accusation criminelle dont l'issue est un verdict d'acquiescement ne saurait permettre de conclure à une intention malicieuse de la part du substitut. Ce serait, d'une part, tout à fait contraire à la norme de conduite de l'arrêt *Nelles* et, d'autre part, créer une obligation de résultat envers le substitut, nullement justifiée en la matière. En plus, une telle norme équivaldrait à nier au substitut toute immunité.

Le grief auquel s'attarde le plus l'appellant a trait à l'absence de motifs raisonnables et probables du substitut pour porter l'accusation criminelle qu'il qualifie de « but illégitime ». Je ne reviendrai pas ici sur l'existence de motifs raisonnables et probables, dont j'ai amplement discuté, si ce n'est pour dire que ma conclusion à cet égard écarte tout « but illégitime » qu'aurait poursuivi le substitut de ce chef.

The appellant referred to the publicity surrounding the defamation action that he brought against various people, including Tardif, the investigator, and André Arthur, the radio host, who, the appellant alleged, had spread the rumour that he was guilty of the murder of France Alain. He suggested that the Crown attorney acted only to calm the public clamouring, with disregard for the rights of the appellant.

The Crown attorney had nothing to do with the defamation action, and there is nothing in the evidence to connect him to that action, directly or indirectly. The evidence in the record establishes that it was Mr. Paquet's coming forward that influenced the conduct of the Crown attorney, and not the publicity surrounding the civil defamation action.

While it is true that Mr. Paquet first went, on his own initiative, to CHRC, where André Arthur was working at the time, the Crown attorney cannot be criticized for this, as Mr. Paquet was completely unknown to him at the time.

In addition, contrary to the hypotheses stated by my colleagues Iacobucci and Binnie JJ. concerning the alleged collusion between Mr. Paquet and Messrs. Arthur and Tardif, there is not an iota of evidence in the record that could connect Mr. Paquet to Mr. Arthur. When he was questioned on that point, Mr. Paquet testified: [TRANSLATION] "No, I have never spoken to him, I have never seen him in a restaurant, I have never, on any occasion, I have never spoken to him directly". I would point out that neither Mr. Paquet's credibility nor his good faith was ever doubted throughout this entire saga.

Relying on a brief three-page summary, my colleagues reach the conclusion that it was the media uproar surrounding the defamation action against Mr. Arthur and others that prompted Mr. Paquet to approach the CHRC radio station rather than the police. However, that statement needs to be considered in the context of Mr. Paquet's entire testimony, both at the criminal trial (102 pages) and at the civil trial (91 pages). When he was questioned by counsel for the appellant at the civil

L'appelant fait état de la publicité qui a entouré l'action en diffamation qu'il a intentée contre diverses personnes, dont l'enquêteur Tardif et l'animateur de radio André Arthur qui, selon les allégations de l'appelant, auraient fait courir le bruit qu'il était coupable du meurtre de France Alain. Il laisse entendre que le substitut n'a agi que pour calmer la clameur publique au mépris des droits de l'appelant.

Le substitut était totalement étranger à la poursuite en diffamation et rien dans la preuve ne le rattache de près ou de loin à cette poursuite. La preuve au dossier établit que c'est l'apparition du témoin Paquet qui a influencé le comportement du ministère public et non pas la publicité entourant l'action civile en diffamation.

S'il est exact que le témoin Paquet s'est d'abord adressé de son propre chef au poste CHRC, où travaillait à l'époque André Arthur, on ne saurait en faire reproche au substitut qui l'ignorait complètement.

De plus, contrairement aux hypothèses que formulent mes collègues les juges Iacobucci et Binnie relativement à la collusion qui aurait existé entre le témoin Paquet et MM. André Arthur et Tardif, il n'y a pas un iota de preuve au dossier susceptible de relier M. Paquet à M. Arthur. Lorsqu'interrogé à cet égard, M. Paquet témoigne : « Non, je ne lui ai jamais parlé, je ne l'ai jamais vu dans un restaurant, je n'ai jamais, à quelque occasion que ce soit, je ne lui ai jamais parlé directement. » Je rappelle que la crédibilité de M. Paquet n'a jamais été mise en doute non plus que sa bonne foi dans toute cette histoire.

Se basant sur une déclaration sommaire de trois pages, mes collègues en tirent la conclusion que c'est le brassage médiatique autour de la poursuite en diffamation contre M. Arthur et autres qui a incité M. Paquet à s'adresser au poste CHRC plutôt qu'à la police. Il y a lieu, toutefois, de replacer cette déclaration dans le contexte de l'ensemble des témoignages de M. Paquet tant au procès criminel (102 pages) qu'au procès civil (91 pages). Interrogé par le procureur de l'appelant, lors du procès

227

228

229

230

231

trial, Mr. Paquet testified that he had gone to CHRC in 1991 because he had in the past recounted to the Sainte-Foy police his encounter on the evening of the murder, and told them: [TRANSLATION] "I saw a bearded man at such a time and in such a place", and that on that occasion he had left his contact information with the constables, who never called him back.

232 When he testified at the civil trial on March 7, 1997, and was examined by counsel for the appellant concerning the reason why he did not go to the police on the morning that he visited CHRC, Mr. Paquet replied: [TRANSLATION] "I had already been there." This is the context in which he came forward a second time, in February 1991, when he saw a photograph in the newspaper, and said that he had recognized the bearded man he had encountered on the evening of the murder. He then decided to go to the radio station on his own initiative. There, he met with a young trainee who introduced him to the journalist, Christian Thibault. After telling him about the encounter in question, he asked that they call him back. It was after that visit that Tardif, the investigator, contacted him and went to interview him at home, and it was Mr. Tardif to whom Mr. Paquet gave a complete tape recorded statement, which Mr. Tardif gave to the Sainte-Foy police.

233 There is no evidence that the Crown attorney was aware of these facts before he was informed of them, later, by Mr. Tardif. The evidence is actually to the contrary. How then, in the total absence of any evidence, can the appellant connect the Crown attorney to the attention given to his defamation action in the media?

234 As I noted earlier, Mr. Paquet was unknown to all of the players in this case at the time of that appeal. He was a stranger to the process: he was not sought out by any party to the process. He was a party neither to the coroner's inquest nor to the police investigation; the Crown attorney was unaware of his existence. His good faith and his credibility were subsequently tested and were never doubted.

235 With respect to the Crown attorney, it was only at the request of his superiors that he reopened the

civil, M. Paquet témoigne à l'effet que s'il s'est adressé au poste de radio CHRC en 1991, c'est qu'il avait déjà auparavant averti les policiers de Sainte-Foy de sa rencontre le soir du meurtre en leur disant : « j'ai vu un barbu telle heure, tel endroit » et qu'à cette occasion il avait laissé ses coordonnées aux constables qui ne l'ont jamais appelé.

Lors de son témoignage au procès civil, le 7 mars 1997, alors qu'interrogé par l'avocat de l'appelant sur la raison pour laquelle il ne s'était pas adressé à la police le matin de sa visite au poste CHRC, M. Paquet a répondu: « J'y avais déjà été. » C'est dans ce contexte qu'il s'est manifesté une seconde fois en février 1991 lorsqu'il a vu une photo dans le journal et a dit avoir reconnu le barbu qu'il avait rencontré le soir du meurtre. Il a alors décidé de se rendre de son propre chef au poste de radio. Il y a alors rencontré un jeune stagiaire qui lui a présenté le journaliste Christian Thibault. Après lui avoir mentionné la rencontre en question, il a demandé qu'on le rappelle. C'est suite à cette visite que l'enquêteur Tardif a pris contact avec lui et est venu le rencontrer chez lui et auquel M. Paquet a donné une déclaration complète enregistrée, déclaration que M. Tardif a remise à la police de Sainte-Foy.

Il n'y a aucune preuve que le substitut ait été au courant de ces faits avant d'en être informé subséquemment par l'enquêteur Tardif. La preuve est plutôt à l'effet contraire. Comment l'appelant peut-il alors, en l'absence totale de preuve, relier le substitut à la médiatisation de son action en diffamation?

Comme je l'ai déjà mentionné, M. Paquet est un inconnu de tous les intervenants dans ce dossier au moment de cet appel. Il est étranger au procès : il n'a été sollicité par aucune partie au procès. Il n'a été partie ni à l'enquête du coroner, ni à l'enquête policière; le substitut ignorait son existence. Sa bonne foi et sa crédibilité ont été testées par la suite et n'ont jamais été mises en doute.

En ce qui concerne le substitut, c'est uniquement à la demande de ses supérieurs qu'il a repris le dos-

case, and here again, with some reluctance and, given the evidence, with no great enthusiasm. In those circumstances, and given that the appellant has failed to provide any other evidence, it cannot be concluded that the publicity in question had any connection with the conduct of the Crown attorney, let alone with any malice on his part.

The appellant also attacked the identification session that Mr. Tardif had Mr. Paquet attend. At that time, Mr. Tardif was no longer in charge of the investigation for the Sainte-Foy police; he was never employed by the Attorney General. He was quite simply retired. Here again, the conduct of Mr. Tardif, the investigator, whatever it may have been, cannot be connected to the Attorney General, from whom he had received no mandate, nor to the Crown attorney, from whom he had received no instructions and who was even unaware of the existence of the new witness. Certainly the identification could have been conducted differently, but the charge was laid based on the circumstantial evidence, one element of which was the identification made by Mr. Paquet. In addition, the case law relating to the admissibility of improper identification evidence is very liberal.

The Crown attorney cannot be criticized for the acts of an officer who was at that time retired from the Sainte-Foy police (and certainly no malice can be found on the Crown attorney's part based on those acts), when the Crown attorney was unaware of those acts, for which Mr. Tardif had received no mandate from the Crown attorney. There is nothing particularly surprising about the fact that the Attorney General, through the Sainte-Foy police, subsequently obtained Mr. Tardif's services to pursue the investigation: he was the one who had conducted the entire investigation in this case from the beginning. It was logical for him to pursue the investigation rather than assigning it to another investigator who knew nothing at all about the case.

With respect to the identification of the appellant by Mr. Paquet, I share the opinion of Beauregard J.A. (at p. 434):

[TRANSLATION] . . . even if the value of the identification made by Paquet was doubtful in itself, the prosecutor,

sier et, encore là, avec une certaine hésitation et, suivant la preuve, sans grand enthousiasme. Dans ces circonstances, l'appellant n'ayant apporté aucun autre élément de preuve, on ne saurait conclure que la publicité en question a quelque rapport avec la conduite, encore moins une quelconque intention malicieuse du substitut.

L'appellant s'en prend aussi à la séance d'identification de M. Paquet par l'enquêteur Tardif. À cette époque, M. Tardif n'était plus chargé de cette enquête pour la police de Sainte-Foy; il n'a jamais été à l'emploi du procureur général. Il était tout simplement retraité. Encore là, on ne saurait relier la conduite de l'enquêteur Tardif, quelle qu'elle soit, au procureur général dont il n'avait reçu aucun mandat ni au substitut, dont il n'avait reçu aucune instruction et qui ignorait même l'existence du nouveau témoin. Certes, l'identification aurait pu être conduite de façon différente, mais l'accusation a été portée à partir d'éléments de preuve circonstancielle dont l'un des éléments était l'identification faite par le témoin Paquet. De plus, la jurisprudence en matière d'admissibilité d'une preuve d'identification irrégulière est très libérale.

On ne saurait reprocher au substitut (et encore moins y voir une intention malicieuse) les gestes posés par un agent, alors retraité de la police de Sainte-Foy, gestes que le substitut ignorait et pour lesquels l'enquêteur Tardif n'avait reçu aucun mandat du substitut. Que le procureur général ait ensuite, par l'entremise de la police de Sainte-Foy, obtenu les services de l'enquêteur Tardif pour poursuivre l'enquête n'a rien de bien surprenant : c'était lui qui avait mené toute l'enquête dans ce dossier dès le début. Il était logique qu'il poursuive l'enquête plutôt que de la confier à un autre enquêteur aucunement au courant du dossier.

En ce qui concerne l'identification de l'appellant par le témoin Paquet, je partage l'opinion du juge Beauregard (à la p. 434) :

. . . même si la valeur de l'identification que faisait Paquet était en soi douteuse, le substitut, à tort ou à raison, mais

236

237

238

rightly or wrongly but in good faith, was of the opinion that Paquet's story and the other evidence then in hand provided mutual corroboration. With respect for the contrary opinion, I am of the view that the prosecutor did not exhibit malice within the meaning of *Nelles*. The prosecutor acted in good faith, and given Paquet's story and the other evidence, I cannot say that there was a *patent* absence of the reasonable and probable grounds needed for authorizing the laying of the information. [Emphasis in original.]

239

The appellant contends that the Crown attorney's use of the conversation between the victim's father and the appellant in his argument at trial was malicious. I have discussed the admissibility of that conversation at the time it was recorded, and I will not revisit that question. If, as the Crown attorney believed at that time, the tape recording of that conversation was admissible in evidence, and since it had then been ruled admissible by the trial judge, the Crown attorney was entitled to invite the jury to replace the pronoun "he" with the pronoun "I" and cannot be criticized for doing so, since in so doing he was inviting the jury to [TRANSLATION] "conclude that only the perpetrator of the crime could have talked like that", as Brossard J.A. pointed out (p. 440). In any event, there is no indication of malice on the part of the Crown attorney in making that argument.

240

There is one other fact that seems to me to be of considerable importance in examining malice, which does not appear to have attracted the attention of the Court of Appeal. The Crown attorney was not handling this case alone; rather, he was handling it with the full knowledge of his colleagues and his superiors, whom he consulted. The Crown attorney, who became counsel in this case only in 1986, was informed by his superiors that he had to meet with Mr. Paquet. He took [TRANSLATION] "that event and that witness with a twenty-five-foot pole because, obviously, [he] had a lot of reservations". After the March 11 session with Mr. Paquet, the Crown attorney informed his superiors about the events in question and asked to be relieved of his day-to-day responsibilities [TRANSLATION] "so that [he] could sift through the case from top to bottom". Before authorizing the laying of a murder charge against the appellant, the Crown attorney consulted

de bonne foi, fut d'avis que la version de Paquet et les autres éléments de preuve qui étaient alors présents se corroboraient mutuellement. Avec égards pour l'opinion contraire, je suis d'avis qu'en cela le substitut n'a pas fait montre de malveillance au sens de l'arrêt *Nelles*. Le substitut était de bonne foi et, devant la version de Paquet et les autres éléments de preuve, je ne peux dire qu'il y avait absence *manifeste* de motifs raisonnables et probables nécessaires à l'autorisation du dépôt de la dénonciation. [En italique dans l'original.]

L'appelant tient pour malicieuse l'utilisation que le substitut fait, lors de sa plaidoirie au procès, de la conversation entre le père de la victime et l'appelant. J'ai déjà discuté de l'admissibilité de cette conversation à l'époque de son enregistrement et je n'y reviendrai pas. Si, comme le croyait le substitut à l'époque, l'enregistrement de cette conversation était admissible en preuve, et comme elle avait alors été déclarée admissible par le juge du procès, le substitut pouvait inviter le jury à remplacer le pronom « il » par le pronom « je » sans qu'on le lui reproche puisque, ce faisant, il invitait le jury à « conclure que seul l'auteur du crime pouvait parler de la sorte » comme le souligne le juge Brossard (p. 440). De toute façon, cette plaidoirie ne révèle aucune intention malicieuse de la part du substitut.

Il y a un autre fait qui me paraît avoir une grande importance dans l'examen de l'intention malicieuse et qui semble ne pas avoir retenu l'attention de la Cour d'appel; c'est que le substitut n'a pas géré seul ce dossier, mais qu'il l'a fait au vu et su de ses collègues et de ses supérieurs qu'il a consultés. Le substitut, devenu le procureur au dossier seulement en 1986, a été informé par ses supérieurs qu'il devait rencontrer le témoin Paquet. Il a pris « une perche de vingt-cinq (25) pieds, avec cet événement-là et avec ce témoin-là, parce qu'[il] avai[t], évidemment, beaucoup de réserve ». Après la séance du 11 mars avec le témoin Paquet, le substitut a informé ses supérieurs des événements en question et a demandé d'être dégagé de ses responsabilités quotidiennes « afin de pouvoir éplucher le dossier de long en large ». Avant d'autoriser le dépôt de l'accusation de meurtre contre l'appelant, le substitut a consulté ses collègues

his colleagues for about two hours, and followed the manual of guidelines relating to authorizing charges.

When examined objectively, the conduct of the Crown attorney in this case comes nowhere near the threshold required in order for relative immunity to be lifted, under the tests in *Nelles*.

In short, there is not an iota of evidence that the Crown attorney acted for personal purposes, out of vengeance or ill-will toward the appellant, in bad faith or beyond his mandate for improper purposes, or that he committed a fraud on the law. The fact that he may have lacked perspicacity in failing to anticipate all of the difficulties that arose at the trial does not get us to the rigorous threshold laid down in *Nelles* for lifting the relative immunity enjoyed by the Attorney General and by Crown attorneys in such matters. A careful examination of the facts in evidence in the civil action leads me to conclude that the Crown attorney acted within the bounds of his functions as a public officer, by prosecuting an individual whom he believed, in good faith, to be guilty of a crime. He was entitled to believe, at that time, that he had sufficient reasonable and probable grounds to charge him. It should not be forgotten that there was only circumstantial evidence. The burden of showing that the Crown attorney acted with malice in laying the criminal charge rested on the appellant, and in my opinion he has failed to meet that burden. (See on this point a similar conclusion in *Perron v. Québec (Procureur général)*, [2000] Q.J. No. 4700 (QL) (Sup. Ct.), at para. 950.)

The appellant has failed to prove that he was prosecuted maliciously for the murder of France Alain, and so the Attorney General and the Crown attorney, who enjoy the immunity in this respect conferred on them by *Nelles*, cannot be found to have any extra-contractual civil liability.

VI. Conclusion

Considering that the extra-contractual civil liability of the Attorney General of Quebec and of the Crown attorney for malicious prosecution is part of the public law of Quebec;

pendant à peu près deux heures et il s'est conformé au manuel de directives relativement à l'autorisation des plaintes.

J'estime qu'examinée objectivement, la conduite du substitut dans cette affaire n'atteint aucunement le seuil requis pour la levée de l'immunité relative suivant les critères de l'arrêt *Nelles*.

En somme, il n'y a pas un iota de preuve que le substitut ait agi pour ses fins personnelles, par vengeance ou inimitié envers l'appelant, de mauvaise foi, hors de son mandat pour des fins impropres, ou qu'il ait commis une fraude à la loi. Qu'il ait manqué de perspicacité en ne prévoyant pas tous les incidents du procès n'atteint pas le seuil exigeant que pose l'arrêt *Nelles* pour lever l'immunité relative dont jouissent le procureur général et ses substituts en ces matières. Un examen attentif des faits mis en preuve lors de la poursuite civile m'amène à conclure que le substitut a agi dans le cadre de ses fonctions d'officier public, en poursuivant un individu qu'il croyait, de bonne foi, coupable d'un crime. Il était en droit de croire, à l'époque, qu'il y avait des motifs raisonnables et probables suffisants pour l'inculper. On ne doit pas ignorer ici qu'il s'agissait uniquement d'une preuve circonstancielle. Le fardeau de démontrer que le substitut a agi avec une intention malicieuse en déposant l'accusation criminelle appartenait à l'appelant et, à mon avis, il a échoué à cet égard. (Voir à cet égard une conclusion similaire dans *Perron c. Québec (Procureur général)*, [2000] J.Q. n° 4700 (QL) (C.S.), par. 950.)

L'appelant n'ayant pas fait la preuve qu'il a été poursuivi abusivement pour le meurtre de France Alain, aucune responsabilité civile extra-contractuelle ne saurait être retenue contre le procureur général et son substitut qui jouissent à cet égard de l'immunité qui leur a été reconnue par l'arrêt *Nelles*.

VI. Conclusion

Considérant que la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec et de ses substituts en matière de poursuites abusives relève du droit public au Québec;

245 Considering that the public law of Quebec in this
matter is governed by the public common law;

246 Considering that the decision in *Nelles* applies
integrally in Quebec to malicious prosecution by
the Attorney General and Crown attorneys;

247 Considering that as a consequence, the Attorney
General and Crown attorneys enjoy relative immu-
nity in respect of such actions;

248 Considering the protection that this immunity
confers against extra-contractual civil liability for
malicious prosecution;

249 Considering that the facts alleged against the
Attorney General and the Crown attorney in this
case do not meet the test set out in *Nelles*, having
regard to the role and duties of the Attorney General
and of Crown attorneys in respect of prosecutions,
as well as the evidence in the record that establishes
that, at the time the prosecution was initiated, the
Crown attorney could reasonably have believed that
he had reasonable and probable grounds to charge
the appellant, and that he did not act with malice;

250 I would, therefore, affirm the majority decision
of the Court of Appeal and I would dismiss the
appeal. Like the Court of Appeal, I would do so
without costs.

*Appeal allowed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ,
GONTHIER and BASTARACHE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fasken Martineau
Du Moulin, Québec.*

*Solicitors for the respondent: Saint-Laurent,
Gagnon, Québec.*

Considérant que le droit public du Québec en la
matière est régi par la common law de droit public;

Considérant que l'arrêt *Nelles* s'applique intégra-
lement au Québec pour poursuites criminelles abu-
sives de la part du procureur général et de ses
substituts;

Considérant qu'en conséquence le procureur
général du Québec et ses substituts jouissent d'une
immunité relative en ce qui concerne ces poursui-
tes;

Considérant la protection que procure cette
immunité contre la responsabilité civile extra-con-
tractuelle pour poursuites criminelles abusives;

Considérant que les faits ici reprochés au procu-
reur général et à son substitut ne rencontrent pas les
critères de l'arrêt *Nelles*, compte tenu du rôle et des
devoirs du procureur général et de ses substituts en
ce qui a trait aux poursuites criminelles, ainsi que
de la preuve au dossier établissant qu'à l'époque du
dépôt de la poursuite le substitut pouvait raisonna-
blement croire qu'il avait des motifs raisonnables
et probables suffisants pour inculper l'appelant et
qu'il n'a pas agi avec une intention malicieuse;

En conséquence, je confirmerais l'arrêt majori-
taire de la Cour d'appel et je rejetterais l'appel. À
l'instar de la Cour d'appel, je le ferais sans frais.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges
L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et BASTARACHE sont
dissidents.*

*Procureurs de l'appellant : Fasken Martineau Du
Moulin, Québec.*

*Procureurs de l'intimé : Saint-Laurent, Gagnon,
Québec.*